



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal español

Autor/es

NOELIA MELERO LADRÓN

Director/es

SERGIO PÉREZ GONZÁLEZ

Facultad

Escuela de Máster y Doctorado de la Universidad de La Rioja

Titulación

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Departamento

DERECHO

Curso académico

2019-20



Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal español, de NOELIA MELERO LADRÓN

(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.

Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

© El autor, 2020

© Universidad de La Rioja, 2020

publicaciones.unirioja.es

E-mail: publicaciones@unirioja.es

Trabajo de Fin de Máster

LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Autora

NOELIA MELERO LADRÓN

Tutor: SERGIO PÉREZ GONZÁLEZ

MÁSTER:

Máster en Acceso a la Abogacía (254M)

Escuela de Máster y Doctorado



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

AÑO ACADÉMICO: 2019/2020

RESUMEN / ABSTRACT

Resumen

Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal español se analizan desde la descripción de la regulación vigente, haciendo hincapié en la problemática que desprende y explorando propuestas de reforma que se hacen inminentes. Los delitos sexuales deben superar la barrera de los medios comisivos y centrarse en las conductas reprobables, que son las que comete el agresor, no la víctima. Los retos que se presentan en materia sexual son principalmente acabar con el fenómeno de las violaciones múltiples y hacer frente o no, a una reforma que pretende eliminar la distinción entre los conceptos de agresión y abuso sexual.

Abstract

Crimes against sexual freedom in the Spanish Legal System are analyzed from the description of current regulations, emphasizing the problem that is despised and exploring the reform proposals they make imminent. Sex crimes must overcome the barrier of the commission media and focus on reprehensible behaviors, which are those committed by the aggressor, not the victim. The challenges that arise in sexual matters are mainly to end the phenomenon of multiple complications and cope or not, a reform that seeks to eliminate the distinction between the concepts of sexual assault and abuse.

ÍNDICE:

I. INTRODUCCIÓN	1
II. LA LIBERTAD SEXUAL. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DELITOS SEXUALES EN ESPAÑA.....	3
III. DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL.....	6
1. CONCEPTO	6
2. MODOS COMISIVOS:	7
2.1. Violencia	7
2.2. Intimidación.....	10
3. TIPOS:	11
3.1. Agresión sexual básica	11
3.1.1 Conducta sexual	11
3.1.2 Iter Criminis.....	12
3.1.3 Autoría y participación	13
3.1.4 Concursos	14
3.1.5 Pena	18
3.2. Violación	19
3.2.1 Conducta sexual	19
3.2.2 Iter Criminis	22
3.2.3 Autoría y participación	22
3.2.4 Concursos	24
3.2.5 Pena	25
3.3. Agravaciones específicas.....	25
3.3.1 Cuando la violencia o intimidación revistan un carácter degradante o vejatorio	25
3.3.2 Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.....	26
3.3.3 Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación.....	28
3.3.4 Cuando el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.....	29
3.3.5 Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o lesiones	29
3.3.6 Penas.....	31
IV. DELITO DE ABUSO SEXUAL.....	31
1. CONCEPTO	31
2. AGRAVACIONES ESPECÍFICAS	33
3. TIPOS:	33
3.1. Abusos sexuales por ausencia de consentimiento	33
3.1.1 Sobre persona privada de sentido.....	33
3.1.2 Sobre persona aquejada de trastorno mental.....	34
3.1.3 Anulación de la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química	34
3.2. Abusos sexuales por vicio de consentimiento	34
3.2.1 Con prevalimiento de la situación de superioridad	34
3.2.2 Con engaño	35
4. CONCURSOS	36

V. DELITO DE ACOSO SEXUAL	36
1. CONCEPTO	36
2. TIPOS:	37
2.1. Acoso sexual básico.....	37
2.1.1 Conducta sexual.....	37
2.1.2 Iter criminis	38
2.1.3 Autoría y participación.....	39
2.1.4 Pena	39
2.2 Acoso sexual cualificado.....	39
2.2.1 Acoso sexual con prevalimiento	39
2.2.2 Acoso sexual mediante el anuncio de causar un mal.....	40
2.2.3 Acoso sexual cualificado por la especial vulnerabilidad de la víctima.....	40
3. CONCURSOS	41
 VI. PROBLEMAS DE LA ACTUAL REGULACIÓN	 41
1. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.....	41
2. LA AUSENCIA DEL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO ESENCIAL.....	43
3. EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA COMO PRINCIPAL PRUEBA DE CARGO.....	44
3.1 Ausencia de incredibilidad subjetiva.....	46
3.2 Credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio	46
3.3 La persistencia en la incriminación	47
4 LA CONTINUIDAD DELICTIVA EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL	47
5. NECESIDAD DE JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO	50
 VII. LA NECESIDAD DE UNA NUEVA REGULACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES	 52
1. AMPLIAR DE LAS COMPETENCIAS DE LOS JUZGADOS ESPECIALIZADOS EN VIOLENCIA DE GÉNERO Y CREAR UN TIPO ESPECÍFICO PARA ESTOS CASOS.....	53
2. ELIMINAR LA ACTUAL DISTINCIÓN ENTRE ABUSO Y AGRESIÓN SEXUAL	55
3. CREAR UN TIPO ESPECÍFICO PARA DELITOS DE AGRESIÓN SEXUAL EN GRUPO.....	62
 VIII. CONCLUSIONES FINALES	 64
 BIBLIOGRAFÍA.....	 67
 ANEXO 1: JURISPRUDENCIA CITADA
ANEXO 2: NORMATIVA CITADA

ABREVIATURAS

AP = Audiencia Provincial

CE = Constitución Española de 1978

CP = Código Penal

FJ = Fundamento jurídico

LO = Ley Orgánica

LOPJ = Ley Orgánica del Poder Judicial

LOPVG = Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

MF = Ministerio Fiscal

SAP = Sentencia de la Audiencia Provincial

STS = Sentencia del Tribunal Supremo

SSTS = Sentencias del Tribunal Supremo

TS = Tribunal Supremo

TSJ = Tribunal Superior de Justicia

UE = Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

Los delitos contra la libertad sexual se encuentran actualmente en el punto de mira de una sociedad que no acaba de sentirse protegida por la regulación que ofrece el Código Penal. Estamos en un momento social de cambio, de sensibilidad social ante el aumento de casos en los que la mujer sufre violencia de género y violencia sexual –será esta última en la que se centre el estudio-. La violencia contra la mujer ni se entiende, ni se acepta en una sociedad igualitaria como la que se pretende conformar, y es por ello que hoy más que nunca se deben de dar visibilidad a los sucesos de violencia sexual, mostrar su rechazo, concienciar a la ciudadanía del problema y educar en igualdad para erradicar este tipo de violencia.

El objeto de este trabajo es el estudio de la actual regulación de los delitos contra la libertad sexual y sus planes a futuro. El trabajo tiene dos partes diferenciadas: una primera parte normativa que explica la regulación actual y una segunda parte representativa que ahonda en la problemática que se extrae de la actual regulación y enuncia la necesidad de una nueva detallando los elementos indispensables.

La primera parte del trabajo la conforman el segundo epígrafe, donde se narra, por un lado, la evolución histórica que han sufrido los delitos contra la libertad sexual en España, documentando de esta forma al lector de los antecedentes normativos -es decir, de dónde venimos- y, por otro lado, se desarrolla la idea de libertad sexual como bien jurídico protegido. En los epígrafes tercero a quinto, se describe de forma metódica aspectos como el concepto, los tipos, las agravaciones, las penas y los concursos de los delitos de agresión sexual, abuso sexual y acoso sexual –dónde nos encontramos-.

La segunda parte del trabajo se constituye por el epígrafe sexto, en el que se comentan los cinco principales problemas que se advierten en la vigente regulación del Código Penal y el epígrafe séptimo, donde se anuncia la llegada de una nueva legislación en materia de delitos sexuales – hacia dónde vamos- comparando las dos propuestas oficiales de reforma al mismo tiempo que se relatan los más recientes casos mediáticos (la Manada de Pamplona, la Manada de Manresa y el caso Arandina), centrándose principalmente en tres novedades

que la imperante política criminal reclama: ampliar las competencias de los juzgados especializados en violencia de género y crear un tipo específico para estos casos, eliminar la distinción entre abuso y agresión sexual y crear un tipo específico para delitos de agresión sexual en grupo.

Por último, se formulan una serie de conclusiones que se deducen a raíz de todo lo manifestado a lo largo del trabajo, las cuales dan una visión completa y reciente del panorama actual en materia de delitos contra la libertad sexual. El momento que se vive hoy en día, es trascendental, ya que va a marcar un nuevo rumbo normativo acorde con lo que nuestra sociedad lleva tiempo demandando del legislador.

La libertad sexual es una de las manifestaciones de la libertad personal, esto es, el ser humano para poder ser uno mismo debe tener la capacidad de determinarse en materia sexual. El legislador debe defender y garantizar la libertad sexual de todas las personas, hombres y mujeres, pero estaríamos omitiendo la realidad si no dejamos claro que la violencia sexual se ensaña con el género femenino. Las mujeres han dicho alto y claro ¡Basta ya!, las mujeres ya no guardan silencio, ni toleran la violencia sexual; pero es tarea de toda la sociedad dar un paso al frente y dejar de encubrir las conductas violentas contra las mujeres, es hora de rechazar el uso del cuerpo de la mujer como objeto de diversión, de desnaturalizar los comportamientos machistas y de desligar los roles estructurales de hombres y mujeres. Todo ello se consigue, con campañas de prevención en todos los niveles, y con estrategias educativas para la igualdad efectiva, antes de que se produzca cualquier tipo de violencia sexual; y en caso de que se produzca, se combate con un alto nivel de formación y preparación de todos los profesionales que intervienen para así evitar la victimización secundaria de la víctima y la recriminalización del agresor.

Los proyectos de reforma dejan clara la necesidad de un cambio en la forma de entender los delitos contra la libertad sexual, sobre todo con dos propósitos: el primero, desencasillar el concepto de agresión y abuso sexual, ya que impide que podamos ver la verdadera dimensión del problema y el segundo, luchar contra el incremento de las violaciones múltiples. Las nuevas generaciones tienen el poder de enmendar los errores del pasado y es deber de todos comenzar hoy mismo.

II. LA LIBERTAD SEXUAL. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DELITOS SEXUALES EN ESPAÑA

El Código Penal (CP) español en cuanto a lo que se refiere a los delitos sexuales, se ha caracterizado por protagonizar una gran inestabilidad legislativa, provocada por la necesidad constante de adecuarse a los nuevos tiempos. La sociedad española ha evolucionado desde una concepción tradicional de la sexualidad más preocupada por la moral y el honor, hacia una nueva perspectiva más proteccionista, moderna y libre. Se ha reivindicado la idea de la tutela de la libertad sexual como elemento básico de la libertad personal a la luz de los valores constitucionales. Este fenómeno social revela que, conforme la sociedad española se transformaba, el tratamiento de los delitos sexuales en nuestro ordenamiento jurídico experimentaba a su vez distintos cambios para adaptarse a la demanda social; eso sí, con la sensación de no complacer nunca a todos los sectores, sobre todo doctrinales¹.

El CP de 1848, recogió los delitos sexuales en el título X del libro II y los denominó “De los delitos contra la honestidad”; en él se integraban cinco capítulos destinados al adulterio, la violación, el estupro, el rapto y las disposiciones comunes a todos ellos². Los delitos contra la honestidad fueron sustituidos con la profunda reforma que la Ley Orgánica (LO) 3/1989, de 21 de junio de 1989 llevó a cabo del CP de 1973, por los denominados “Delitos contra la libertad sexual”³; la modificación de la rúbrica supuso un cambio que afectó al

¹ ASUA BATARRITA, A., “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, en AA. VV., Jornadas 13, *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la mujer, Vitoria, 1998, pp. 45-101.

² En aquella época, el derecho penal español protegía la honestidad, es decir, la honorabilidad de las víctimas (un concepto totalmente ligado a las costumbres sociales de antaño, en las que predominaba la idea de superioridad del hombre sobre la mujer). Se debía de comprobar si la víctima era una mujer “honorable”, ya que esto resultaba esencial para la comisión del tipo. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1985, pp. 15-16 y ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus editorial, Madrid, 2006, pp. 29-32. Vid. STS 4304/1979, de 3 de diciembre de 1979, “Si una mujer se embriaga en compañía de un hombre, acepta, en cierto modo, las consecuencias de sus actos, pero que, a pesar de ello, no siempre su embriaguez ha de ser apreciada como prueba de su consentimiento” y STS 4499/1980, de 20 de noviembre de 1980, “Hasta qué punto la mujer defendió su honestidad atacada”.

³ La reforma de 1989 fue una reforma significativa, ya que aclaró cuestiones referentes al delito de violación, dando pie a una nueva visión en la cual no prevalece la idea de honestidad. Introdujo una nueva posibilidad dentro de la conducta delictiva del delito de violación, se castiga además del coito vaginal, la penetración anal y bucal, y también determina el concepto de sujeto pasivo

bien jurídico protegido. Es en este momento en el que se consigue un gran logro, ya que es a partir de esta reforma cuando se modernizan los delitos sexuales. El cambio en el ordenamiento jurídico español empieza con la protección del bien jurídico de la libertad sexual; desprendiéndose de todos los razonamientos que protegían el honor y la moral social, tal y como se deduce del Preámbulo de la LO 3/1989: “La necesidad de una reforma de los llamados delitos «contra la honestidad» del Código Penal es una exigencia que cada día se perfila con mayor nitidez y es reclamada desde amplias capas de la sociedad. Una primera modificación se impone: Respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión «honestidad» por «libertad sexual», ya que ésta es el auténtico bien jurídico atacado”⁴.

Con la nueva regulación del CP de 23 de noviembre de 1995, desaparece el término “violación” y se convierte en un tipo agravado dentro de las agresiones sexuales; esto es, el acceso carnal por medio vaginal, anal, bucal o con objetos puede dar lugar –dependiendo si media violencia o intimidación- tanto a un delito de agresión sexual como a un delito de abuso sexual.

Fue a partir de la LO 11/1999, de 30 de abril, cuando el legislador introduce un giro en la orientación del CP; elaborando un cambio en la rúbrica del bien jurídico protegido, integrando el término “indemnidad” como bien jurídico protegido, junto al de libertad sexual⁵. Este gran matiz supuso la introducción de

con indiferencia en cuanto al sexo. Además, se incrementan la cuantía de las multas previstas para todos los delitos del título IX. ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 17-19. Este cambio fue más allá de las palabras, ya que como en la propia exposición de motivos de la Ley Orgánica mencionada se decía, supone la escisión entre derecho (normatividad jurídica) y sociedad (normalidad social). GAMARRA MARZÁN, I., (2017): *Una reflexión crítica del fenómeno de las agresiones sexuales* (Trabajo Final de Grado), Universidad del País Vasco, Guipúzcoa.

⁴ Cfr. MUÑOZ CONDE, F., “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada””, *Revista Penal*, nº 43, 2019, p. 224.

⁵ Algunas de las modificaciones incluidas por la LO 11/1999 son: el incremento de la edad a 13 años, edad establecida como presunción iure et de iure de ausencia de consentimiento en los abusos sexuales, el rescate del término referente a la violación o la tipificación de la comercialización de la pornografía infantil; sin embargo, también presenta importantes deficiencias de técnica legislativa, así como colisiones entre el principio de proporcionalidad y el de *non bis in idem*. ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 11-12.

cautelos a la actividad sexual de menores e incapaces con el objetivo de protegerlos en materia sexual – el legislador presupone que, si un menor o incapaz mantiene relaciones con un adulto, éste puede manipularlos- y de que sigan el correcto proceso de desarrollo y formación de la personalidad. Los delitos del título VIII del libro II del actual CP fueron pensados desde el inicio para la protección de la libertad sexual, como bien jurídico protegido⁶. Así, los delitos incorporados dentro del título VIII han pasado a ser “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.

Muñoz Conde define la libertad sexual “como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, y en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo”⁷. El concepto de libertad sexual va ligado al de libertad personal, como expresión de la facultad general de autodeterminación voluntaria dentro de la esfera sexual. La libertad sexual tiene dos caras, una positiva y otra negativa, complementarias la una de la otra. La primera se refiere a la libre disposición que ostenta la persona de su propia sexualidad y de su propio cuerpo con el único límite de la libertad ajena, comprende el derecho a elegir y practicar la opción sexual que más guste. La segunda, atiende al derecho de toda persona a no implicarse sin su consentimiento por otra persona en un contexto sexual, a rechazar las proposiciones no queridas y a combatir todo ataque sexual que pueda producirse. El derecho penal protege ambas caras de la libertad sexual, pero sobre todo potencia una concepción positiva de la sexualidad y esto es así, por la especial vinculación que la esfera vital sexual tiene con los planteamientos de autorrealización personal de cada individuo y con los planteamientos sociales que en una sociedad plural se debe asegurar a cada individuo en este ámbito⁸. En definitiva, los delitos sexuales del CP se dedican a penar aquellas conductas que impidan el libre ejercicio de la sexualidad de las personas⁹.

⁶ La doctrina dominante se refiere a la libertad sexual como bien jurídico protegido; sin embargo, hay otros objetos jurídicos protegidos en los delitos que conforman el título. ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 15-21.

⁷ MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo IX: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 191-193.

⁸ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual...*, op. cit., pp. 23-24.

⁹ Con la tutela del bien jurídico de la libertad sexual se pretende que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad. El derecho penal otorga protección a todas aquellas personas que sufran conductas que las comprometan en acciones sexuales sin su consentimiento. DÍEZ

Todas estas reformas han pretendido adecuar el Derecho penal sexual a los principios que inspiran la sociedad española, rechazando la moralización de las personas a través del Derecho penal sexual. Sin duda, la afectación de la libertad sexual va a encontrar respuesta punitiva en la legislación penal española.

III. DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL

1. Concepto

Una agresión sexual es toda aquella conducta de carácter sexual realizada en el cuerpo de otra persona sin su consentimiento, que se caracteriza por la finalidad “lúbrica” o “lasciva”, llevadas a cabo con violencia o intimidación. El elemento que consume el tipo de agresión sexual precisa el uso de violencia o intimidación; y esto a su vez, es lo que le diferencia del delito de abuso sexual, que exige su ausencia¹⁰.

Las agresiones sexuales se regulan a partir de tres artículos: el art. 178 CP se refiere al tipo básico, al que se añaden dos artículos, el 179 y 180 CP con tipos cualificados. El art. 178 define la conducta típica de agresión sexual como “el que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación”¹¹. El art. 179 se refiere a aquellas agresiones sexuales consistentes “en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías” como un tipo agravado. Finalmente, el art. 180, alude a las distintas circunstancias en las que el tipo se agrava.

RIPOLLÉS, J.L., “Libertad sexual y ley penal”, en REDONDO ILLESCAS, S. (Coord.), *Delincuencia sexual y sociedad*, Ariel, Barcelona, 2002, pp. 107-114.

¹⁰ Es preciso poner de manifiesto que otro de los elementos que diferencia al delito de agresión sexual frente al delito de abusos sexuales es el hecho de que se actúa en contra de la voluntad de la víctima, con independencia de que el consentimiento esté viciado o sea inválido o cuando ni siquiera se ha dado la oportunidad a la víctima de exteriorizarlo. CUERDA ARNAU, M.L., “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs consentimiento viciado”, en RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M.A. (Coords.), *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 103-132.

¹¹ Dará lugar a una agresión sexual toda acción que se califique como lúbrica, siempre que se lleve a cabo con violencia o intimidación y con o sin el consentimiento válidamente prestado por la víctima.

En cuanto al sujeto activo y pasivo, si atendemos a la política-criminal¹², son más los casos en los que el sujeto activo es un hombre y el sujeto pasivo es una mujer¹³. En el ámbito de la Unión Europea (UE), se ha elaborado un Informe por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE, de 22 de julio de 2015 en el que se muestran unas alarmantes cifras acerca del excesivo número de mujeres que en la UE han sufrido violencia sexual¹⁴. Sin embargo, y de acuerdo con el artículo 14 de la Constitución Española (CE), se admite la comisión del tipo por parte de cualquier persona con independencia de su sexo. Consecuentemente, cualquier sujeto con capacidad de acción puede lesionar la libertad sexual de otro, al igual que cualquier persona puede ser sujeto pasivo; esto es, son delitos comisibles de forma indiferenciada.

2. Modos comisivos:

2.1 Violencia

El término violencia se refiere a la tradicional fuerza típica. Autores como ORTS BERENGUER y SUÁREZ-MIRAS RODRÍGUEZ la definen como “toda energía física exterior a la víctima que, proyectada inmediatamente sobre ésta, la determina, por haber vencido su resistencia seria y continuada a realizar o padecer un determinado acto sexual”¹⁵. La violencia debe de cumplir varios

¹² “Modificación aceptable desde una perspectiva estrictamente formal, pero discutible desde la realidad sociológica del fenómeno de la violación, que sigue siendo básicamente un ataque contra mujeres”. ASUA BATARRITA, A., “Las agresiones sexuales...”, op. cit., p. 89.

¹³ En ocasiones, resulta ilusorio equiparar a ambos sexos en cuanto a la definición de sujetos activos y pasivos en delitos como los estudiados. La realidad es que, las mujeres sufren constantemente agresiones por parte del sexo masculino, derivadas de un contexto social y cultural en el que venía dominando el hombre. Díez RIPOLLÉS, J.L., “Libertad sexual y...”, op. cit., pp. 135-141. Si atendemos al Informe sobre delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual de 2017 del Ministerio del Interior, el estudio revela que la víctima de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual es desproporcionadamente de sexo femenino en la franja de 18 a 30 años, seguida por las víctimas menores de 18 años. De esta forma, se confirma que la violencia sexual de género es un fenómeno que afecta fundamentalmente a las mujeres y a las niñas, ya que así lo confirman los datos estadísticos. (Disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/10180/0/Informe+delitos+contra+la+libertad+e+indemnidad+sexual+2017.pdf/da546c6c-36c5-4854-864b-a133f31b4dde>). Asimismo, ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*, Reus editorial, Madrid, 2019, pp. 44-52.

¹⁴ Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0345_ES.html

¹⁵ ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra...*, op. cit., pp. 31-57.

signos identificativos¹⁶: en primer lugar, la violencia consiste en una acción material que contraría la verdadera voluntad de la víctima, puede ser violencia física¹⁷ –la mayoría de la doctrina¹⁸, así como el Tribunal Supremo (TS) exige un carácter físico- o violencia moral; en segundo lugar, la violencia se tiene que producir sobre el cuerpo de la víctima directamente; en tercer lugar, la violencia debe de posibilitar la acción sexual a pesar de la ausencia del consentimiento de la víctima, esto es, debe doblegar la negativa voluntad del sujeto pasivo al mantenimiento del acto sexual¹⁹ y por último, no es necesario que el sujeto activo con la violencia anule la voluntad de la víctima, sino que basta con que se coaccione.

El TS no exige a la víctima “irresistibilidad a la violencia”, es suficiente con que la violencia sea eficaz y suficiente para alcanzar el fin propuesto y doblegar su voluntad, de modo que haga imposible cualquier tipo de oposición a la acción del sujeto activo²⁰. El tipo penal solo habla de la violencia o intimidación empleadas

¹⁶ Vid. SSTS 573/2017, de 18 de julio de 2017, “entiende que concurre fuerza en un supuesto en que el acusado agarra de las manos a la víctima sujetándola fuertemente y le sujeta con fuerza para que esta no pudiera ofrecer oposición”; y 985/2017, de 11 de enero de 2017, “en la que se aprecia fuerza al haberla cogido por el cuello arrastrándola”.

¹⁷ STS 433/2009, de 21 abril de 2009, FJ.4, “Por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, como recuerda la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre, se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (SSTS de 18 de octubre de 1993, 28 de abril, 21 de mayo de 1998, y 1145/1998, de 7 de octubre) ... De modo que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima”.

¹⁸ ORTOS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra...*, op. cit., p. 32; MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 86-89 y CUERDA ARNAU, M.L., “Agresión y abuso sexual...”, op. cit., p. 111.

¹⁹ STS 754/2012, de 11 de octubre de 2012, FJ.2, “Hemos venido perfilando los elementos integrantes de la violencia a que se refiere el artículo 178 CP, entendiendo que ha de estar orientada a conseguir la ejecución de actos de contenido sexual y equivale a acometimiento, coacción o imposición material, el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima y debe ser apreciada cuando sea idónea y adecuada para impedir a la víctima desenvolverse en su libre determinación, atendiendo a las circunstancias personales y fácticas concurrentes en el caso concreto”.

²⁰ SSTS 254/2019, de 25 de mayo de 2019, FJ.3, “No puede exigirse a la víctima un acto heroico de oposición férrea que pueda determinar un serio peligro a su integridad” y 511/2019, de 28 de octubre de 2019, FJ.2, “La jurisprudencia de esta Sala ha establecido que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada. Basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material

como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males. De tal forma que la calificación jurídica

por el sujeto activo; no se refiere a la resistencia que debe oponer la víctima, ni tampoco al grado o entidad de tal resistencia contra la violencia ejercida²¹. Los tribunales tienden a analizar los actos anteriores o inmediatos que suceden al tiempo de la agresión sexual, a fin de decidir si la violencia o intimidación fue suficiente para el vencimiento de cualquier acto de oposición que la víctima pudo llevar a cabo. La jurisprudencia tiene en cuenta dos extremos a la hora de valorar la resistencia del sujeto pasivo:

- a) No se puede exigir a las víctimas de agresiones sexuales una tenaz oposición cuando de la intensidad de los actos de violencia o intimidación, se entiende que cualquier oposición va a ser en vano, y se considera innecesaria ya que puede correr riesgo de sufrir un mal superior²².
- b) No se puede exigir a las víctimas una idealización del empleo de la resistencia, cuando éstas se encuentran en un estado de miedo o temor a que acaben con su vida.

El legislador no puede pedir a la víctima de una agresión sexual una actitud de resistencia heroica, ni pretender una lucha de titanes para evitar que el agresor consuma el acto sexual; ya que la violencia o intimidación ejercida sobre su persona, le produce tal desasosiego que la víctima acaba asumiendo que una resistencia en contra podría derivar en mayores males, poner en peligro su integridad física o incluso acabar con su vida²³. En definitiva, para la apreciación

de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta”.

²¹ En numerosas ocasiones, se considera que la resistencia que ha sido un elemento implícito del delito de agresión sexual haya adquirido un protagonismo superior al de los elementos explícitos, convirtiéndola en figura central de la interpretación y aplicación del delito. Todo ello resulta inaceptable, porque la resistencia sólo es un elemento a revisar cuando no conste por otros medios que el sujeto pasivo no consiente la relación sexual. GONZÁLEZ RUS, J.J., “¡No!, y basta”, en GARCÍA, C., CUERDA, A., MARTÍNEZ, M., et al., (Coords.), *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer S.L, Madrid, 2008, p. 2032.

²² La situación de inferioridad en la que se encuentra el sujeto pasivo le permite suponer que su resistencia podría acarrearle más perjuicios que ventajas. *Ibídem*, pp. 2020-2027.

²³ STS 348/2019, de 4 de julio de 2019, FJ.2, “Si se ejerce un estado previo de agresión verbal o psicológica con mensajes injuriosos o amenazantes sobre la víctima, como aquí consta probado, resulta evidente que resulta una ficción que cuando el agresor se encuentra con su víctima y la atemoriza, exigir a ésta una resistencia eficaz a continuación cuando el agresor empieza a ejecutar los actos que concluyen en la introducción de los dedos en la vagina, es imposible exigir un acto defensivo eficaz, por cuanto la víctima es consciente y acaba asumiendo que una resistencia de ella puede acabar o en una agresión física mayor y contundente sobre la misma, o, incluso, acabar con su vida. Por ello, no podemos convertir a las víctimas de delitos

del tipo se deben de verificar la ausencia de voluntad de la víctima al acto sexual pretendido por el autor, su falta de consentimiento, y la concurrencia de medios violentos o intimidatorios para la consumación del delito.

2.2 Intimidación

La intimidación consiste en todo mensaje o uso de clima amenazante mediante el cual, el sujeto activo atemoriza al sujeto pasivo con causarle un mal grave, futuro y verosímil²⁴ en cualquier bien, persona o interés que tenga en estima, si no accede a participar en un acto sexual. Tal y como se explica en la sentencia del TS 348/2019, de 4 de julio en su FJ.2: “En la intimidación, vis compulsiva o vis psíquica, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado”.

La amenaza infundida no tiene limitación en lo que se respecta al momento en el que se produce la intimidación o en lo que se refiere a la duración de la misma. No es necesario que la amenaza se prolongue durante toda la agresión sexual para que se determine que efectivamente existió intimidación; basta con que dicha amenaza afecte a la víctima en su facultad de decisión. Es indiferente si la amenaza es real o ficticia, lo relevante es que la víctima crea su existencia, ya que el autor se aprovecha de su estado de pánico –que sí es real- aunque el mal con el que se amenaza no lo sea. En definitiva, se ocasiona la intimidación cuando el sujeto pasivo tiene la seguridad de que el mal amenazado depende de él y siente que la amenaza será llevada a cabo ante cualquier capacidad de resistencia.

sexuales en auténticos héroes para exigirles una defensa numantina de su cuerpo para evitar bajo cualquier ataque que el agresor pueda consumir el acto sexual”.

²⁴ La amenaza debe tener cierta intensidad para que la víctima la perciba como posible en su ejecución. Se debe apreciar su gravedad para provocar en la víctima un estado de temor que la fuerce a realizar el acto sexual pretendido y su eficacia, en el sentido de que consiga vencer su resistencia o doblegar su voluntad. ORTOS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra...*, op. cit., pp. 44-57.

Si el agresor ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta²⁵. Ante dicha situación de temor, el autor anula la capacidad de resistencia de la víctima, por ello, tal resistencia ni puede, ni debe ser especialmente intensa. La jurisprudencia también señala (SSTS 190/1998 de 16 de febrero, 774/2004 de 9 de febrero y 511/2019 de 28 de octubre), que la intimidación, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual, debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado. La intimidación debe ser suficiente para que acabe venciendo la negativa voluntad de la víctima, y solo así el sujeto activo consiga anular su libre decisión respecto a la actividad sexual que se pretende llevar a cabo.

3. Tipos:

3.1 Agresión sexual básica

3.1.1 Conducta sexual

El art. 178 del CP ha sido criticado por su falta de concreción, define la conducta sexual delictiva como “atentar contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación”; esta indeterminación deja la puerta abierta a su aplicación extensiva, lo que genera inseguridad jurídica. La doctrina²⁶ ha interpretado estas líneas de forma restrictiva, haciendo referencia a varios elementos que no pueden faltar en el tipo: comportamiento lúbrico realizado con violencia o intimidación y no consentido por la víctima.

Respecto a la tipicidad de la acción sexual, la jurisprudencia requiere cierta trascendencia y gravedad en la conducta que afecte de modo determinante a la sexualidad del sujeto pasivo. Son dos elementos muy subjetivos, los cuales para discernir si la conducta tiene la suficiente entidad, se deben de atender múltiples parámetros como son el tiempo, el lugar, la intensidad, el ambiente, los usos y costumbres de la sociedad, etc²⁷. También se ha generado debate en cuanto al

²⁵ STS 511/2019, de 28 de octubre de 2019, FJ.2.

²⁶ MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo IX: Delitos contra...”, op. cit., pp. 190-191.

²⁷ Cfr. MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones...*, op. cit., pp. 67-76.

contacto corporal²⁸, esto es, si el tipo exige cierto contacto corporal entre el sujeto activo y pasivo. Lo cierto, es que es evidente que para atacar la libertad e indemnidad sexual de una persona no siempre es imprescindible que se haga mediante acciones que requieran un contacto físico²⁹. Ya que existiendo contacto físico o no, lo importante a la hora de determinar el tipo es que se ha involucrado a una persona en un acto de naturaleza sexual en contra de su voluntad³⁰. En suma, el delito del art. 178 CP se verificará siempre que se realicen acciones sexuales con el fin de excitar o satisfacer el instinto sexual, que por su entidad y gravedad representa un ataque al bien jurídico protegido.

3.1.2 *Iter Criminis*

Se trata de un delito de mera actividad, con ausencia de actos preparatorios; esto quiere decir, que se castiga tanto la tentativa³¹ —el autor intimida o usa la violencia aunque luego no se llegue a producir el acto sexual- como la fase ejecutoria. El delito se consuma cuando el sujeto activo realiza con violencia o

²⁸ Incluye los tocamientos íntimos (STS 216/2019, de 24 de abril de 2019, FJ.7, “Comienza a tocar a Adoración un pecho, la cintura y las nalgas por encima de la ropa; ante ello, la víctima le reprocha su acción”), masturbación (STS 282/2019, de 30 de mayo de 2019, FJ.7, “El acusado se desnuda y obliga a Rafaela a masturbarle, constituye un nuevo acto de naturaleza sexual en el que, habiendo mediado ya la amenaza de matar a su madre, la calificación debe ser la de agresión sexual”), el denominado coito inter femora (STS 440/2010, de 30 de abril de 2010, FJ.2, “...colocándole el pene entre las piernas y el ano-lo que producía dolor en la niña-, efecto que le hizo desistir de esta acción, colocando entonces su miembro viril en la espalda de la menor hasta conseguir eyacular sobre ella”), besos (STS 898/2016, de 30 de noviembre de 2016, FJ.4, “De forma totalmente imprevisible y sorpresiva la sujetó y empezó a besarla, primero en la boca y después a chuparle por el cuello, intentado ella impedirlo apartándolo con los brazos”)... etc.

²⁹ Así, por ejemplo, se dan situaciones como las de obligar al sujeto pasivo a llevar a cabo actos de masturbación sobre su propio cuerpo o sobre un tercero.

³⁰ Vid. STS 107/2019, de 4 de marzo de 2019, FJ.1, “Las agresiones sexuales, como delitos contra la indemnidad y la libertad sexual, se consuman con la ejecución de un acto de tocamiento o contacto sobre el cuerpo de la víctima, cuando a tal acto se le deba atribuir, de forma indudable, un significado sexual. Con ello no se quiere decir que no sea posible la consumación sin la existencia de un contacto físico entre autor y víctima (STS 301/2016, de 12 de abril). En la STS 1397/2009, 29 de diciembre, decíamos que “... el delito de agresión sexual del art. 178 se consuma atentando contra la libertad sexual de otra persona sin que se exija que el sujeto necesariamente toque o manosee a su víctima”.

³¹ La tentativa no siempre ha sido admitida en los delitos sexuales, sin embargo, la doctrina jurisprudencial ha ido posicionándose a favor de admitir esta posibilidad. La primera línea jurisprudencial era contraria a su admisión (STS de 30 de enero de 1968 y STS 737/1983, de 26 de octubre de 1983); posteriormente, la doctrina ha evolucionado admitiendo la tentativa de forma sutil, hasta aceptarla plenamente (SSTS 1793/2002, de 31 de octubre de 2002 y 985/2016, de 11 de enero de 2017).

con intimidación la acción sexual que pretenda, con independencia de que satisfaga su deseo sexual o no³².

En el tipo subjetivo del art. 178 CP viene implícito el dolo en la realización del mencionado acto sexual. El dolo requiere conocimiento por parte del sujeto activo de que está llevando a cabo una agresión sexual, con violencia o con intimidación, y sin contar con el consentimiento de la víctima; o dicho de otro modo, exige la comprensión del significado social del hecho³³.

3.1.3 Autoría y participación

Si el delito de agresión sexual es cometido por una sola persona, estamos ante una autoría única y mediata. No hay ninguna duda cuando es el mismo sujeto quien aplica la violencia o intimidación y realiza también el acto de naturaleza sexual. Durante un tiempo se produjo una controversia en la doctrina³⁴ acerca de si el delito de agresión sexual del art. 178 CP debía de considerarse como un “delito de propia mano”³⁵, la respuesta es negativa; ya que como se ha afirmado anteriormente³⁶, si para que se consuma el delito no es necesario un contacto corporal entre el sujeto activo y pasivo, no se dan los presupuestos necesarios para considerar al delito de agresión sexual un delito de propia mano.

³² STS 901/2001, de 22 de mayo de 2001, FJ.2, “En el tipo delictivo del artículo 178 la consecución del contacto corporal resulta necesaria para la consumación delictiva, si bien ésta, como declaró la Sentencia de 8 de febrero de 1998, se alcanza, con independencia de que el agente logre satisfacer plenamente sus deseos, tan pronto como la víctima se ve obligada, mediante violencia o intimidación, a soportar en su cuerpo las maniobras de inequívoco contenido sexual de que aquél le haga objeto”. Asimismo, ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra...*, op. cit., pp. 70-94.

³³ Vid. ATS 863/2004, de 27 de mayo de 2004, RJ.3, “El tipo subjetivo exige tanto el conocimiento del significado sexual de la conducta ejecutada como el elemento tendencial constituido por el ánimo de llevarla a cabo precisamente por su contenido sexual. Lo importante es el atentado a la libertad o indemnidad sexuales y no tanto la intención del autor orientada a la satisfacción de sus deseos de esa clase, aunque normalmente aparezcan unidos”.

³⁴ No siendo un delito de propia mano pueden apreciarse todas las formas de autoría y participación, incluso la autoría mediata. TERRADILLOS BASOCO, J.M. y GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)” en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011, p. 180. En su contrario, otro autor explica argumentos que permitiría incluirlo como excluirlo de los delitos de propia mano. ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra...*, op. cit., p. 168.

³⁵ Se consideran delitos de propia mano aquellos que sólo pueden ser llevados a cabo mediante la propia ejecución corporal de las acciones típicas. MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones...*, op. cit., pp. 144-152.

³⁶ Véase *Supra*, III.3.1.1 Conducta sexual.

Pero es posible admitir supuestos de autoría mediata, en aquellos casos en los que el autor se sirve de otro sujeto de modo instrumental para implicar a la víctima en un acto sexual en contra de su libre determinación y de coautoría, cuando sean dos o más personas las que pongan de acuerdo sus voluntades para realizar algún elemento del tipo y desarrollar conjuntamente la acción sexual. Si se da la situación de que es un sujeto el que emplea violencia o intimidación sobre la víctima y otro sujeto concluye el acto de carácter sexual, ambos son coautores³⁷.

3.1.4 Concursos

El delito de agresión sexual puede entrar en concurso con otras tipologías delictivas, siendo las más frecuentes las que se producen con los delitos de abusos sexuales, acoso sexual, detención ilegal, amenazas y coacciones, lesiones, homicidio, asesinato y corrupción de menores:

- El delito de agresión sexual respecto al delito de abusos sexuales, se va a diferenciar principalmente por producirse un atentado sexual, realizado con violencia o intimidación y doblegando la libre voluntad del sujeto pasivo. En cambio, en el delito de abusos sexuales, se produce un atentado contra la libertad e indemnidad sexuales, sin violencia, sin intimidación y con ausencia de consentimiento o consentimiento viciado de la víctima. La ausencia de consentimiento es patente en tres supuestos: cuando se trata de un menor de trece años, de un incapaz y

³⁷ STS 1169/2004, de 18 octubre de 2004, FJ.4, "Cuando dos sujetos activos, con fuerza o intimidación, cometen cada uno un delito de agresión sexual de forma activa, el otro es -ordinariamente- coautor en concepto de cooperador necesario, bien en los actos de fuerza, bien mediante la correspondiente intimidación, siendo autores, cada uno por un título diferente de dos delitos de agresión sexual. Por lo tanto, será cooperador necesario, no solo el que contribuye o coadyuva al acceso carnal ajeno, aportando su esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima, sino también aquel o aquellos que respondiendo a un plan conjunto ejecutan con otros una acción en cuyo desarrollo se realiza una violación o violaciones, aunque no se sujetase a la víctima porque la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio mucho más frente a una única joven y en lugar solitario. En definitiva, este concepto de cooperación necesaria se extiende también a los supuestos en que, aun existiendo un plan preordenado, se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza. En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental".

finalmente, de una persona privada de sentido³⁸. En los supuestos en los que el sujeto activo materialice el sustrato típico de un abuso sexual y de una agresión sexual; la solución concursal discurre en el sentido de que el mayor desvalor de la agresión sexual absorbe el comportamiento del abuso sexual³⁹.

- Respecto al delito de acoso sexual, se caracteriza porque el sujeto activo solicita favores de carácter sexual para sí o un tercero, dentro del entorno laboral, docente o de prestación de servicios, provocando a la víctima un estado de intimidación, hostilidad o humillación. En virtud del principio de consunción⁴⁰, la doctrina se decanta por el delito de agresión sexual en su modalidad el art. 180.1. 4º que dice: “Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”. Aunque es cierto que hay una opinión minoritaria que entiende que el bien jurídico protegido en el delito de acoso es el de la dignidad y seguridad de las personas, y por tanto, lo correcto sería establecer un concurso ideal entre ambos delitos⁴¹.
- Para valorar el concurso de los delitos de detención ilegal y agresión sexual, tenemos que tener en cuenta un elemento esencial: la duración de tiempo que la víctima ha sido privada de su libertad. Debemos preguntarnos si esta duración ha sido la estrictamente necesaria para

³⁸ STS 344/2019, de 4 de julio de 2019, FJ.5, “En el modelo actual de tipificación penal de los delitos contra la libertad sexual, la diferencia entre los tipos de abuso sexual y los más graves de agresión sexual, no consiste en la concurrencia de acceso carnal, sino en la utilización de violencia o intimidación (...) mientras que en el delito de abuso sexual el consentimiento se obtiene de forma viciada o se aprovecha el estado de incapacidad para obtenerlo, en la agresión sexual la voluntad del autor se impone por la fuerza, bien ésta sea violenta bien lo sea de carácter intimidatorio”.

³⁹ ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra...*, op. cit., p. 83.

⁴⁰ Según la RAE se entiende como principio de consunción: “Regla para la solución de un concurso de normas penales según la cual el precepto más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel”. Además, el art. 8.3 del CP también hace referencia a dicho principio: “El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél”.

⁴¹ MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones...*, op. cit., pp. 158-160 y ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra...*, op. cit., p. 83.

realizar la acción sexual y si la privación de libertad estaba justificada para su materialización.

La jurisprudencia ha establecido varias líneas de interpretación, normalmente, cuando el sujeto activo coarte la libertad ambulatoria de la víctima por tiempo imprescindible para la consumación del acto sexual; el delito de detención ilegal quedará consumido por el delito de agresión sexual⁴². Sin embargo, si se excede razonablemente el tiempo de privación de la libertad ambulatoria para la ejecución del acto de naturaleza sexual o no existe una relación proporcional de medio a fin; la jurisprudencia no aprecia concurso medial entre ambos delitos, sino que opta por condenar por ambos delitos, dando lugar a un concurso real⁴³.

- En cuanto al delito de lesiones, el TS ha apreciado que queda absorbido por el delito de agresión sexual cuando las lesiones causadas a la víctima sean resultado del acto sexual violento, siempre que la violencia que se ha empleado no supere el límite exigible para el cumplimiento del delito de agresión sexual⁴⁴. En este supuesto, se daría un concurso de normas en el que bajo el principio de consunción únicamente se apreciaría un delito de agresión sexual. En cambio, cuando por la excesiva brutalidad de las lesiones y la mayor violencia empleada supere la violencia física exigida por el tipo del delito de agresión sexual, cabe estimar penas autónomas por cada delito, esto es, una pena por el delito de agresión sexual y otra por un delito de lesiones, se aplica el concurso real⁴⁵.

⁴² Vid. STS 28/2016, de 28 de enero de 2016, FJ.9, "En este supuesto, el desvalor de la acción de detener queda absorbido e integrado en el desvalor del acto depredatorio o agresivo, por lo que solo se sancionaría el delito principal, en este caso, el de agresión sexual".

⁴³ Vid. STS 292/2019, de 31 de mayo de 2019, FJ.3, "La comisión del delito de detención ilegal por el que se ha condenado al recurrente, debido a que éste, en su plan de causación de un plus de daño psicológico a la víctima, además de realizar los actos de agresión sexual y agresiones la encerró para conseguir la facilitación de la ejecutividad de sus actos y causar un daño superior a la víctima que al dejarle encerrada".

⁴⁴ Vid. STS 254/2019, de 21 de mayo de 2019, FJ.3, "La suficiente fuerza empleada para doblegar a la víctima y los golpes empleados y declarados probados tienen el carácter de "suficientes" como para vencer la oposición de la víctima a llevar a cabo los actos que le demandaba el recurrente".

⁴⁵ Vid. STS 749/2019, de 20 de febrero de 2019, FJ.10, "La utilización del cuchillo no quedó limitada a infligir un temor que determinara a la víctima a someterse a unas relaciones sexuales contrarias a su voluntad, sino que sobrepasó el ámbito esencial de la agresión sexual, hasta llegar a afectar al bien jurídico que el tipo agravado contempla, esto es, la vida y la integridad física de la víctima de la agresión sexual".

- La triste realidad es que en la práctica se dan situaciones en las que una agresión sexual termina con la muerte de la víctima. Con la reforma del CP por la LO 1/2015, el art. 140.1. 2º CP castiga la comisión del delito de asesinato cuando este fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; con la pena de prisión permanente revisable⁴⁶. El término “subsiguiente”, deriva al concurso real de delitos. En estos supuestos, si el sujeto activo mata a la víctima para ocultar que se ha cometido previamente un delito contra la libertad sexual o cuando el agresor mata a la víctima por medio de la violencia que emplea para ejecutar la acción sexual, la conducta será castigada como delito de asesinato agravado⁴⁷. El delito de agresión sexual queda consumido por el art. 140.1. 2º CP, ya que, si se aplicase la pena prevista para el delito de forma separada, se vulneraría el principio de *non bis in idem*.
- En ocasiones, también se plantean problemas con el delito de corrupción de menores. La doctrina en estos casos de conflicto, ha optado por no aplicar el principio de consunción⁴⁸, por apreciar que el delito de agresión sexual recoge actos específicos y el delito de corrupción de menores necesita de una actividad reiterada en el tiempo que facilite la depravación moral del menor. Además de que ambos delitos protegen respectivamente distintos bienes jurídico-protegidos, así como distintos son sus momentos consumativos⁴⁹.

⁴⁶ Se trata de una pena excepcional que llega al CP para castigar a los autores de los delitos más graves, radica en la privación de libertad de carácter perpetuo, aunque revisable después de cumplir una parte concreta de la pena. De acuerdo con su Preámbulo: La reforma introduce una nueva pena de prisión permanente revisable, que podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad (...) en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión. Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M., *La prisión permanente revisable: ¿Pena o cadalso?*, Iustel, Madrid, 2016, pp. 31-42.

⁴⁷ ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de...*, op. cit., pp. 271- 274.

⁴⁸ MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones...*, op. cit., pp. 166; y ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra...*, op. cit., p. 84.

⁴⁹ STS 140/1997, de 7 de febrero de 1997, FJ.2.

- Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tienen una particularidad, y es que cuando el sujeto activo ejecuta una multiplicidad de actos sexuales constitutivos cada uno de ellos de un delito contra la libertad sexual, la doctrina establece que como regla general se constituirá un concurso real de delitos⁵⁰.

Sin embargo, el CP en el art. 74.3, recoge una excepción a lo interpretado en el párrafo anterior, y es que cuando se trate de una ofensa a bienes eminentemente personales se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva. No existe ningún criterio para determinar un concepto homogéneo acerca de qué ha de entenderse por naturaleza del hecho, la jurisprudencia admite la continuidad delictiva cuando se llevan a cabo una pluralidad de actos que atentan contra la libertad e indemnidad sexual sobre la misma persona y se observe unidad de acción⁵¹. Parte de la doctrina está en desacuerdo con apreciar continuidad delictiva en los delitos sexuales, ya que pueden verse afectados otros bienes de carácter personal como son la integridad física y la libertad, bienes exceptuados de la figura del delito continuado⁵².

3.1.5 Pena

La pena principal consiste en una pena de prisión de uno a cinco años. La cual puede llevar aparejada las penas accesorias conforme a lo dispuesto en el art. 56 CP⁵³. También el art. 57 CP puede aplicarse, ya que los delitos

⁵⁰ GARCÍA RIVAS, N., "Lección 13º. Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones Generales. Agresiones y abusos sexuales", en MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 420-421.

⁵¹ STS 23/2017, de 24 de enero de 2017, FJ.8, "El art 74 CP establece que el autor de una pluralidad de acciones que infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito continuado con la pena señalada para la infracción más grave, por lo que, en todo caso, el Tribunal actúa correctamente cuando sanciona como delito continuado de agresión sexual la totalidad de la conducta del acusado, incluyendo en la continuidad tanto las agresiones sexuales (más graves) como los eventuales abusos, que son absorbidos punitivamente por el conjunto del delito continuado objeto de sanción".

⁵² El art. 74 no es de aplicación respecto del delito de agresión sexual, porque la naturaleza de los hechos que les sirve de sustrato y el bien jurídico tan especialmente personal que agreden no es compatible con la figura del delito continuado. ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra...*, op. cit., pp. 89-94 y MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones...*, op. cit., pp. 153-156.

⁵³ Artículo 56 CP: "En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

comprendidos en el título VIII son algunos de los comprendidos por el precepto, prohibiendo así al autor aproximarse a la víctima o comunicarse con ella o con su familia por tiempo no superior a diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

3.2 Violación

3.2.1 Conducta sexual

De acuerdo con el art. 179 CP, estaremos ante una agresión sexual agravada respecto a la conducta del art. 178 CP, cuando el acceso carnal se produzca por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías; el responsable será castigado como reo de violación. La actual semántica es producto de una larga evolución legislativa, el término “violación” aparece de nuevo con la reforma de la LO 11/1999⁵⁴.

En este delito, no hay razón aparente para diferenciar en función del sexo la protección del bien jurídico, tampoco la conducta sexual delictiva pierde potencialidad lesiva si se afecta a la libertad sexual del hombre o de la mujer; por tanto, la entidad y características de la actuación delictiva queda equiparada independientemente de que el sujeto activo o el sujeto pasivo sea hombre o mujer⁵⁵. Lo determinante en estos delitos es que se produzca un acceso carnal,

1.º Suspensión de empleo o cargo público.

2.º Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3.º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código”.

⁵⁴ Para parte de la doctrina, la recuperación del término violación, obedece a una cierta nostalgia por lo tradicional; pero no añade ningún significado extra a lo ya legislado. ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra...*, op. cit., p. 95; FARALDO CABANA, P., “Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales”, en RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M.A. (Coords.), *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 57 y 58.

⁵⁵ A pesar de ello, tampoco podemos ocultar la realidad, y es que según datos del Eurostat, nueve de cada diez personas que fueron víctimas de una violación en la Unión Europea, fueron mujeres. En España, según datos del Portal Estadístico de Criminalidad del Ministerio del Interior, en sus últimos datos se revela el aumento de la criminalidad en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, en concreto, las agresiones sexuales con penetración aumentan un 8,1% de enero a septiembre en 2019 respecto a los datos del mismo periodo de 2018 (Disponible en: <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/dynPx/inebase/index.htm?type=pcaxis&path=/Dato>

con violencia o intimidación y resultando responsable el sujeto que se aproveche de ello.

El artículo describe dos conductas típicas que constituyen el delito de violación: tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal e introducir miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. Respecto a la primera, la doctrina mayoritaria⁵⁶ y la jurisprudencia⁵⁷ ha entendido que se produce acceso carnal cuando se produce una “relación sexual en la que intervienen los órganos genitales, sin necesidad de que se dé penetración, bastando pues, la práctica fricativa o “coniunctio membrorum””⁵⁸. En el caso de que se suceda la penetración, el artículo abarca tanto los supuestos en los que el sujeto activo penetra como los supuestos en los que consigue ser penetrado⁵⁹.

En relación con las “cavidades” a través de las cuales el sujeto activo tiene el acceso carnal, se obtiene de tres formas: por la vagina, el ano o la boca. El acceso carnal por vía vaginal implica que el órgano genital del sujeto activo se introduzca en la vagina de la mujer –sin que llegue a producirse la eyaculación–,

[sBalanceAct/&file=pcaxis](#)). Véase ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de...*, op. cit., pp. 44-51. El Ministerio del Interior también emitió un informe oficial más completo sobre los delitos contra la libertad sexual con datos de 2012 a 2017. En 2012, el total de denuncias fue de 9.008 y en 2018 de 13.811, lo que supone un incremento de la violencia sexual en seis años de un 53,3% (Disponible en: <https://www.newtral.es/radiografia-de-la-violencia-sexual-las-denuncias-por-agresion-y-abuso-con-penetracion-aumentan-un-307-en-6-anos/20190809/>).

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo IX: Delitos contra...”, op. cit., p. 194; y ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de...*, op. cit., pp. 236-237.

⁵⁷ STS 439/1993, de 31 de mayo de 1994, FJ.1, “Una reciente tendencia, manifestada en la sentencia de 22 de septiembre de 1992 y reafirmada en la de 7 de marzo de 1994, entiende que la expresión acceso carnal -en la normal cópula heterosexual- no ha de ser necesariamente vaginal en sentido anatómico, considerándole consumado desde que la penetración ha superado el umbral del “labium majus” y con mayor razón si ha llegado al “labium minus”, aunque no haya traspasado la zona vestibular o el introito vaginal, enlazando este criterio con el grupo de resoluciones de esta Sala que se refieren, al definir la “coniunctio membrorum”, a la penetración más o menos perfecta del miembro viril en la “cavidad genital femenina”, que no tiene inicio en la vagina, sino en los labios mayores; tendencia interpretativa favorecida por un valioso argumento teleológico fundado en que la penetración en el ámbito del órgano femenino -desde los genitales externos- es una irrupción no deseada en la zona del cuerpo de la mujer más íntima y reservada”.

⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo IX: Delitos contra...”, op. cit., pp. 197-198 y MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones...*, op. cit., pp. 176-178.

⁵⁹ Según el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, adoptado en su reunión del día 25 de mayo de 2005: “Hay acceso carnal tanto cuando la víctima es penetrada (supuesto ordinario), como cuando es el autor el que obliga o compele al sujeto pasivo (“sujeto pasivo” del delito, pero no de la “relación” ni del “acceso” en los que ostenta el papel de “sujeto activo”) a introducirle alguno de sus miembros corporales por vía vaginal o anal. Es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder”.

aunque el tipo no exige el coito completo. El acceso carnal por vía anal requiere que el sujeto activo introduzca o penetre el recto de la víctima. Y por último, el acceso carnal por vía bucal supone que el sujeto activo, introduzca el pene en erección en la boca de la víctima⁶⁰.

Respecto a la segunda, se castiga la introducción de algún miembro u objeto por vía vaginal o anal. Ha de entenderse por “objeto”, a toda pieza material inanimada que el sujeto activo estime como sustitutivo del órgano genital y del que se sirva para satisfacer sus deseos sexuales⁶¹. El tipo incluye tanto los casos en los que el sujeto activo introduce dichos objetos al sujeto pasivo en contra de su voluntad como los casos en que el sujeto activo obliga al sujeto pasivo, sin su consentimiento, a introducirse objetos sobre su propio cuerpo. El legislador asemeja la introducción de miembros corporales u objetos por las cavidades vaginal o anal, con los accesos carnales descritos anteriormente.

La reforma de la LO 11/1999 deja fuera de esta modalidad típica la vía bucal, ya que establecer un cierto paralelismo con las anteriores considera la doctrina, tiene carácter absurdo y desproporcionado⁶². En cambio, la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre añade con su nueva redacción una conducta típica, esta es, “introducción de miembros corporales”; ampliando así los supuestos que se pueden incluir dentro del tipo en casos tan controvertidos como si debían considerarse objetos, miembros corporales, como los dedos o la lengua.

⁶⁰ En este sentido, la doctrina es crítica con que el tipo no admita prácticas de las relaciones lésbicas femeninas, ya que no contempla el “cunnilingus”. Lo que se entiende como un trato desigual de la sexualidad femenina frente a la masculina. MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones...*, op. cit., pp. 185-186.

⁶¹ La Fiscalía General del Estado, en su Circular número 2/1990, informó de que se entiende por objeto a todo aquello que es equivalente a cosas inanes, tales como botellas, bastones, palos etc. Por objetos habrán de entenderse aquellos elementos materiales, inanimados cuya utilización conlleve una inequívoca connotación sexual. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, en RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M.A. (Coords.), *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 194-203. Asimismo, STS 1214/2002, de 1 de julio de 2002, FJ.5, “La interpretación literal del término “objeto” empleado por el Legislador, que se identifica con “cosa”, conforme además con el lenguaje común, que no identifica el mismo con otras partes o miembros del cuerpo humano” y STS 401/2009, de 24 de abril de 2009, FJ.3, “La expresión “objetos”, fue interpretada por esta sala como “cosa”, excluyendo, conforme a su significado común, cualquier parte del cuerpo humano”.

⁶² ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra...*, op. cit., pp. 99-101.

3.2.2 *Iter Criminis*

Para considerar completado el delito de violación, se requiere del autor que pretenda conseguir el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal; o la efectiva introducción de miembros u objetos por las dos primeras vías; lo que normalmente supondrá un juicio de deducción a partir de los hechos probados. Esto servirá para distinguir el delito de violación de las formas imperfectas de ejecución, respecto al tipo básico de agresión sexual⁶³.

El delito de violación se consuma con el acceso carnal entre dos personas por vía vaginal, anal o bucal o por la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. Son conductas de la misma trascendencia tanto el acceso carnal ya sea con un pene o con otro miembro corporal, como el objeto que lo sustituya; ya que lo que sanciona el delito es el atentado contra la libre voluntad en un acto de carácter sexual. Todo ello, con la independencia de que el sujeto activo logre o no satisfacer su deseo sexual y por supuesto, sin que se exija resultado material alguno, como por ejemplo la eyaculación o el embarazo de la mujer.

El problema que se plantea con el delito de violación consiste en concluir si cabe o no la tentativa, y ello depende de si el delito de violación se considera como un delito de resultado o un delito de mera actividad. El delito de violación es un delito de mera actividad, es decir, no exige resultado ya que la realización de una acción del tipo consuma el delito. Lo que nos lleva a afirmar que es posible admitir la tentativa en el delito de violación, cuando el sujeto activo efectúe algunas conductas - por ejemplo, intento de violencia o intimidación sobre el sujeto pasivo o acercamientos sexuales- encaminadas a ejecutar el acto sexual sin que suceda la penetración.

3.2.3 *Autoría y participación*

Los delitos sexuales pueden ser ejecutados individualmente o a través de la colaboración de varias personas; lo que ha dado pie a establecer varias formas

⁶³ GARCÍA RIVAS, N., "Lección 13º. Libertad e indemnidad...", op. cit., pp. 415-417.

de autoría. Si atendemos a la redacción del artículo, el acceso carnal o la introducción de miembros corporales u objetos, va a ser llevada a cabo normalmente por una sola persona, el cual de acuerdo con el art. 28 CP, será considerado autor del delito. En un primer momento, la doctrina mayoritaria⁶⁴ aboga por considerar al delito de violación como un delito de propia mano, con el discurso de que únicamente puede llevar a cabo la acción delictiva quien directamente acceda carnalmente con la víctima; y quienes simplemente favorecían su perpetración participando en el acto violento o intimidatorio desplegado para imponer una relación sexual no deseada, tenían la consideración de cooperadores necesarios⁶⁵. La jurisprudencia había entendido que la violencia o intimidación perpetradas en el delito de violación sólo podía dar lugar a una forma de cooperación del art. 28.b) CP.

Sin embargo, tal criterio se ha ido modulando a lo largo de los años gracias a una realidad criminológica abrumadora⁶⁶. Así, se fue abriendo paso a la idea de que en el supuesto de que un sujeto ejercite únicamente la conducta de violencia o intimidación sobre la víctima, y otro distinto realice los actos de carácter sexual; en tal caso, la cooperación necesaria se convierte en autoría, siendo ambos coautores⁶⁷. Por tanto, si se admite la coautoría del sujeto que únicamente ejerce violencia o intimidación es porque la autoría no requiere una ejecución de propia

⁶⁴ Así, CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 203-205 y DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual...*, op. cit., pp. 101-110.

⁶⁵ Véase también STS 2165/1985, de 5 de marzo de 1985 y SAP de Valencia de 5 de septiembre de 1997, FJ.5, "Es supuesto de cooperación necesaria se establece en el Código Penal, vigente en el momento de los hechos, en el n° 3 del artículo 14 considerándose autores "los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiese efectuado", y en este sentido es reiterada la línea jurisprudencial que consagra "que la incorporación de un sujeto a un proyecto criminal, aceptando el pactum scaeleris y contribuyendo con su comportamiento causal al futuro desarrollo del delito, es una de las formas de participación adhesiva, que traslada al adherido la responsabilidad común que de la comisión delictiva se deriva".

⁶⁶ Vid. STS ROJ: 2689/1987, de 14 de abril de 1987, FJ.2 y STS ROJ: 7034/1987, de 7 de noviembre de 1987, FJ.1.

⁶⁷ SSTs 486/2002, de 12 de marzo de 2002, FJ.2, "En relación a estos delitos contra la libertad sexual en caso de pluralidad de partícipe viene atribuyendo a cada uno de ellos no sólo la acción ejecutada por ellos mismos, sino además la del resto de los participantes, vía cooperación necesaria y de acuerdo con el concepto amplio de autor vigente en nuestro sistema penal y recogido en el art. 28 que se cita en motivo, coautoría que estaría fundada no tanto en el acuerdo previo sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado" y 1565/2003, de 21 de noviembre de 2003, FJ.4, "Es claro que el que ahora recurre llevó a cabo una aportación que fue esencial para el desarrollo del plan delictivo, haciéndolo propio, incluso en sentido material, porque de no ser por él no habría podido realmente ejecutarse, que es lo que reclama el art. 28, segundo apartado d) CP para que alguien pueda ser considerado autor, a su amparo".

mano⁶⁸. El tipo también admite otro tipo de autoría, y esta es la autoría mediata, ya que la lesión del bien jurídico se puede alcanzar, aunque el acceso carnal no se realice personalmente, sino que se a través de otro que actúe bajo error o ignorancia⁶⁹.

3.2.4 Concursos

Los actos sexuales del delito del art. 179 CP consuman aquellos que pudieran configurar la conducta del art. 178 CP, por tanto, se aplica la regla del art. 8.3 CP según la cual, el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. Si se produce una agresión sexual con violencia o intimidación, y con la intención de conseguir el acceso carnal o la introducción de objetos o miembros corporales, pero al final no se obtiene el agotamiento del delito; se deberá de castigar como una tentativa de violación siempre que se pueda probar el dolo⁷⁰.

Respecto al delito de lesiones, si estas son propias de la actuación sexual, quedan absorbidas por el delito de agresión sexual agravado; en cambio, si se considera que las lesiones exceden las estrictamente necesarias para llevar a cabo la agresión, con intención de humillar o someter a la víctima, podrá apreciarse el concurso de delitos⁷¹. Es posible apreciar el concurso real entre los delitos de agresión sexual y lesiones cuando éstas últimas no son el medio comisivo para lograr la penetración típica; pero cuando constituyen el

⁶⁸ De lo contrario, la coautoría debería de estar excluida. MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones...*, op. cit., pp. 196-203.

⁶⁹ En aquellos casos en que el autor utiliza a otra persona como "instrumento", en el sentido de implicar a la víctima en un acto sexual en contra de su voluntad o cuando la víctima sea forzada por el autor para la realización sobre sí misma de un acto sexual. *Ibíd.*, pp. 211-2017.

⁷⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M. y GONZÁLEZ AGUDELO, G., "Delitos contra la libertad...", op. cit., pp. 181-184.

⁷¹ SSTs 349/2019, de 4 de julio de 2019, FJ.4, "La violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, por ejemplo, leves hematomas en los muslos o lesiones en la propia zona genital, no ocasionados de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acceso carnal forzado" y 625/2010, de 6 de julio de 2010, FJ.7, "Esta doctrina impone el examen detenido de cada supuesto en particular para comprobar, de un lado, si las lesiones sufridas por la víctima fueron una consecuencia derivada directamente de la misma agresión sexual, en cuyo caso quedarían absorbidas por ésta y, de otro, si la violencia ejercida para doblegar o vencer la resistencia de la persona atacada superó los límites mínimos necesarios para entender que concurrió la violencia contemplada en la descripción del tipo objetivo de la agresión sexual, sancionando independientemente aquello que la exceda".

mecanismo a través del cual se consigue el trato carnal estaremos ante un concurso medial. También hay concurso de normas en los supuestos en los que para llevar a cabo el delito de agresión se cometen otros delitos, como por ejemplo los delitos contra la libertad propios de la acción delictiva: detenciones ilegales, amenazas y coacciones. Todo ello siempre que la acción delictiva no sea excesiva para alcanzar la consumación del delito de violación.

3.2.5 Pena

La pena principal prevista por el art. 179 CP es la pena de prisión de seis a doce años, calificada según el art. 33.2.b) en función de su naturaleza y duración como una pena grave. En cuanto a las penas accesorias, son aplicables los arts. 55, 56 y 57 del CP que establecen penas como por ejemplo: la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido; suspensión de empleo o cargo público; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo; prohibición de aproximación a la víctima; prohibición de comunicación con la víctima o privación del derecho a residir en determinados lugares.

3.3 Agravaciones específicas

El art. 180 CP contempla una serie de tipos agravados en su aplicación a las agresiones sexuales de los artículos 178 y 179 CP, justificados por el aumento de daño, estos son:

3.3.1 *Cuando la violencia o intimidación revistan un carácter degradante o vejatorio*

La primera agravación prevista, alude al trato especialmente degradante o vejatorio que el sujeto activo ejerce con ocasión de los actos típicos de contenido sexual sobre la víctima; dicha circunstancia debe distinguirse de la violencia e intimidación llevadas a cabo en la agresión sexual⁷². Se refiere a un aumento del

⁷² STS 344/2019, de 4 de julio de 2019, FJ.6, "Toda agresión sexual, que se realiza por la fuerza o con intimidación, necesariamente supone un cierto grado de brutalidad y determina vejación, menosprecio y humillación para la víctima del hecho. Por ello mismo, para que la acción del sujeto activo sea merecedora de la agravación legal, es menester la concurrencia de un grado

injusto que vulnera la dignidad de la víctima como persona, únicamente se podrá apreciar cuando la violencia o intimidación ejercidas superen con claridad la base común del delito⁷³.

Atendiendo a su aplicabilidad, no es fácil de “someter a criterios claros y preestablecidos”⁷⁴, ya que de por sí, toda agresión sexual incluye en cierta manera un trato vejatorio y degradante, y es bastante complejo distinguir cuando ese trato tiene una trascendencia que excede de lo propio de la conducta típica. Dependiendo de la valoración que el tribunal confiera en cada caso a la hora de ponderar la existencia de un trato degradante o vejatorio y la violencia o intimidación inherente a toda agresión sexual; podrá determinar si los hechos son de tal entidad que permita ser tenidos en cuenta de forma particular –y aplicar dicho agravante- o no. En cualquier caso, un ejemplo claro de aplicación, se produce cuando el sujeto activo ejecuta actos consecutivos distintos de los típicos que engloban al delito con el único objetivo de humillar o denigrar a la víctima o a terceros⁷⁵.

3.3.2 Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas

El fundamento de dicha agravación radica en la mayor gravedad que supone la existencia de un acuerdo, anterior o simultáneo, para la ejecución de actos de naturaleza sexual, y también por la mayor intimidación que produce la intervención conjunta de varias personas – mínimo dos personas- sobre la víctima; así como la consecuente reducción de sus capacidades de defensa y de resistencia⁷⁶.

de brutalidad, humillación o vejación superior al que de por sí existe en toda violación (...) Lo que sanciona el precepto es el plus de antijuridicidad que representa el "modus operandi" del autor cuando las concretas y específicas acciones instrumentales violentas o intimidatorias efectuadas, consideradas en su propia objetividad, hayan de calificarse como especialmente degradantes o vejatorias porque representen un cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima”.

⁷³ Como, por ejemplo, una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos (STS de 21 de enero de 1997), o una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo, es decir, algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual (STS de 14 de febrero de 1994).

⁷⁴ ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad...*, op. cit., pp. 15-21.

⁷⁵ STS 643/2017, de 2 de octubre de 2017 y STS 33/2001, de 17 de enero de 2001.

⁷⁶ STS 462/2019, de 14 de agosto de 2019, FJ.10, “La circunstancia encuentra su razón de ser no tanto en el acuerdo previo, sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado, pues de un lado la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor

En cuanto a los criterios de aplicabilidad, es enrevesado determinar el grado de intervención de cada individuo en el hecho delictivo a la hora de determinar la “actuación conjunta”⁷⁷. El precepto admite cualquier tipo de participación – bien sea como coautor, cómplice, cooperador necesario o simplemente presenciando los hechos- por una tercera persona, siempre que haya participado en el contexto de violencia o intimidación. Se podrá apreciar esta circunstancia cuando la entidad de la intimidación a causa de la actuación conjunta de los intervinientes, supere los límites apreciables en cualquier agresión sexual. La jurisprudencia ha señalado varias pautas⁷⁸ que deben de cumplirse:

- La conducta de los participantes no tiene porqué revestir de carácter sexual.
- La participación será posterior o coetánea a la agresión sexual, en todo caso, se admite cualquier forma de participación tanto comisiva como omisiva.
- El precepto engloba los supuestos en los que la participación no es directa y principal, sino que es una intimidación presencial o intimidación ambiental⁷⁹.
- Queda comprobado que el interviniente intensifica el grado de intimidación, contribuyendo a mermar la capacidad de defensa y oposición de la víctima. Además, supone una mayor impunidad y el aseguramiento del designio criminal para los mismos.

impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación”.

⁷⁷ Actuación conjunta supone ejecución material y directa de todos o parte de los elementos típicos de las figuras previstas en los artículos 178 y 179. ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad...*, op. cit., p. 33.

⁷⁸ *Ibídem*, pp. 35-37. Vid, STS 478/2019, de 14 de octubre de 2019, FJ.2.

⁷⁹ STS 344/2019, de 4 de julio de 2019, FJ.5, “Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir (...) En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental”.

3.3.3 Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación

Esta cualificación, tiene diversos problemas en su aplicación, ya que cuenta con una semántica indefinida e imprecisa, que genera dificultades en cuanto a su delimitación⁸⁰. Ello posibilita un amplio margen de interpretación al tribunal, que no siempre juega a favor de la seguridad jurídica. Además, genera un alto riesgo de incurrir en un *bis in ídem*, cuando las circunstancias como la edad⁸¹ – menores y personas de avanzada edad-, enfermedad, discapacidad⁸² o situación personal de la víctima⁸³ ya han sido tenidas en cuenta para confirmar la violencia o intimidación. De modo que a mayor vulnerabilidad, menor grado de intensidad será necesario para considerar la intimidación notable, en aras a vencer la voluntad de la víctima⁸⁴.

La razón de considerar esta agravación se establece por la descripción de una situación de indefensión, que consiste en la especial disminución o anulación de las capacidades de defensa y resistencia de las personas enfermas, discapacitadas, menores o mayores de edad o en situación especial; ya que el sujeto activo merma su mecanismo de autodefensa frente al ataque sexual y se aprovecha de esa situación de debilitamiento que padece la víctima. El grado de violencia o intimidación por parte del sujeto activo debe sobrepasar “lo imprescindible” para poder aplicar esta agravación. Este agravante puede apreciarse como una especificación del concepto genérico de abuso de superioridad adecuada al concreto escenario de la agresión sexual, por lo que habría que desechar su empleo cuando ya haya sido tenido en cuenta en relación con la existencia de violencia o intimidación por parte del sujeto activo⁸⁵.

⁸⁰ STS 1397/2009, de 29 de diciembre de 2009, FJ.5, “El concepto de situación de vulnerabilidad atañe al conjunto de circunstancias de hechos presentes en el momento de la acción que con carácter duradero o transitorio, provocadas o aprovechadas por el sujeto, coloquen a la víctima en indefensión suficientemente relevante como para incrementar el desvalor de la acción”.

⁸¹ STS 727/2018, de 30 de enero de 2019, FJ.4, “En el caso, la edad de trece años ha de tomarse como una franja de la edad a la que se refiere el legislador que dota a la menor Hortensia de especial vulnerabilidad. Es decir, esta circunstancia por sí misma, a esa edad (de 13 años), una persona del sexo femenino tiene la consideración de niña, y por tanto, especialmente vulnerable ante el ataque de un adulto, como lo era el acusado, de 32 años de edad, de manera que tal agravación está perfectamente aplicada”.

⁸² STS 610/2019, de 11 de diciembre de 2019.

⁸³ STS 576/2019, de 26 de noviembre de 2019.

⁸⁴ ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad...*, op. cit., p. 53.

⁸⁵ GARCÍA RIVAS, N., “Lección 13º. Libertad e indemnidad...”, op. cit., pp. 424-425.

3.3.4 Cuando el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima

Nos encontramos ante una situación particular, y es que el sujeto activo aprovecha la relación personal que ostenta con la víctima para disminuir sus posibilidades de defensa y realizar el acto sexual. El legislador exige que efectivamente exista una relación de parentesco o superioridad y, además, que el sujeto activo se valga de ella para lograr satisfacer sus deseos sexuales.

Respecto a su aplicación, el precepto contiene dos formas de prevalimiento que van desde la más específica (parentesco) a la más genérica (superioridad). Es difícil encontrar situaciones en las que el sujeto activo mediante violencia o intimidación haya vencido la resistencia de la víctima y, además, para alcanzar el mismo fin, se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco; el precepto exige un plus cuantitativo⁸⁶. Es decir, se trata de supuestos en los que se considera totalmente necesario que el agresor se haya beneficiado de la relación de superioridad o parentesco como medio adicional a la violencia o intimidación para eliminar la voluntad de la víctima⁸⁷.

3.3.5 Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o lesiones

La última de las cualificaciones se funda en el uso de armas u otros medios igualmente peligrosos como medio comisivo de la agresión sexual. Sin duda, es la circunstancia que causa el mayor desvalor de acción ya que la violencia o intimidación ejercidas pueden causar lesiones graves en la víctima, o incluso su

⁸⁶ ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad...*, op. cit., pp. 66-69.

⁸⁷ Vid. SSTs 511/2019, de 28 de agosto de 2019, FJ.2, "Solo a partir de esa relación logró el acceso a la niña y a su espacio de intimidad en el que acometimiento sexual se desarrolló, del que en otro caso no hubiera dispuesto, colmándose así el plus de antijuridicidad y culpabilidad que fundamenta la agravación" y 351/2018, de 11 de julio de 2018, FJ. 5, "El denominador común es una situación de superioridad por parte del agente y de inferioridad de la víctima, la desproporción o asimetría entre las posiciones de ambos, lo que determina por sí misma la presión coactiva que condiciona y debilita la libertad para decidir de la víctima, de lo que se aprovecha el autor para realizar la conducta delictiva con mayor facilidad, lo que puede determinar -como de hecho sucede con frecuencia- un menor contenido en la intimidación, precisamente por el aprovechamiento de aquella situación de preeminencia del autor y de subordinación y dependencia de la víctima generada en este caso por el vínculo familiar".

muerte⁸⁸. El precepto castiga tanto la lesión al bien jurídico protegido de la libertad sexual y, además, el peligro creado para otros bienes jurídicos como son la vida o la integridad física. La jurisprudencia aplica este precepto siempre que se empleen armas u otros medios peligrosos que, aunque no generen riesgo para la vida o la salud, sí puedan deducirse del cómo se consuma el acto sexual⁸⁹.

Son dos los problemas de aplicación del precepto, en primer lugar, el nivel de peligro exigible, ya que dependiendo de la intensidad del riesgo creado por el uso de armas u otros medios peligrosos se determinará como parte de la violencia o intimidación exigibles por los arts. 178 y 179 CP o será susceptible de castigo individual a través de este subtipo agravado⁹⁰. En este sentido, no será suficiente con exhibir las armas o los medios peligrosos, sino que será necesario que el sujeto activo haga uso de ellos creando un riesgo relevante para la víctima; no siendo preciso un resultado concreto, simplemente, que se genere un clima de riesgo idóneo para llegar a producir resultados lesivos.

En segundo lugar, los problemas concursales cuando se confirman lesiones o la propia muerte de la víctima. La duda se plantea respecto a si se debe aplicar el art. 180.1. 5º CP junto al correspondiente de las lesiones (art. 149 y 150 CP) o la muerte (art. 140 CP); o si, por el contrario, el subtipo agravado queda consumado, siendo únicamente castigada la agresión sexual por medio del art. 179 CP. La mayor parte de la doctrina⁹¹ y de la jurisprudencia⁹², considera que efectivamente, debe darse la segunda opción, siendo la interpretación más adecuada la que el delito de lesiones u homicidio consuma al subtipo agravado

⁸⁸ También la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad o una enfermedad somática o psíquica, o la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal o su deformidad. GOENAGA OLAIZOLA, R., "Delitos contra la libertad sexual", *Eguzkilore*, núm. Extraordinario 10, 1997, p. 103.

⁸⁹ Por ejemplo, introducción de objetos que generen un riesgo especialmente intenso o cuando en el acto sexual se practiquen actos de carácter sádico.

⁹⁰ STS 749/2018, de 20 de febrero de 2019, FJ. 10, "La utilización del cuchillo no quedó limitada a infligir un temor que determinara a la víctima a someterse a unas relaciones sexuales contrarias a su voluntad, sino que sobrepasó el ámbito esencial de la agresión sexual, hasta llegar a afectar al bien jurídico que el tipo agravado contempla, esto es, la vida y la integridad física de la víctima de la agresión sexual".

⁹¹ ORTOS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra...*, op. cit., pp. 118-119 y ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de...*, op. cit., p. 246.

⁹² STS 396/2008, de 1 de julio de 2008, FJ.1 y STS 606/2011, de 14 de junio de 2011, FJ.1.

y deba aplicarse exclusivamente el art. 178 o 179 CP, dependiendo de cada caso. Ya que consideran que la primera opción, de concurso ideal entre los tipos de las lesiones o del homicidio y el art. 180.1. 5º CP, incurre en un incuestionable *non bis in ídem*.

3.3.6 Penas

Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años cuando se cometa una agresión sexual básica del art. 178 y de doce a quince años para las del art. 179. Además, el art. 180.2 CP introduce la posibilidad de que concurran dos o más de las circunstancias citadas, y en consecuencia, cuando ello ocurra, se impondrá la pena en su mitad superior. Para ello, será necesario comprobar la compatibilidad en la aplicación que tienen las cualificaciones entre sí, ya que algunas de ellas tienen un fundamento semejante; para que no se desarrollen problemas de *bis in ídem*.

IV. DELITO DE ABUSO SEXUAL

1. Concepto

Con la reforma de la LO 1/2015, se diferencian dos tipos de disposiciones en las que se regulan los abusos sexuales. Dependiendo de si la víctima es mayor de dieciséis años, los abusos sexuales se localizan en el Capítulo II del Título VIII, mientras que si es menor de esta edad, se localizan en el Capítulo II Bis; será en los primeros en los que se centre este trabajo. El art. 181.1 CP define el tipo básico de abuso sexual como aquellos actos que atentan contra la libertad e indemnidad sexual de otra persona, "sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento o con consentimiento viciado"⁹³ y lo castiga con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. La redacción del precepto es bastante indeterminada, lo que como veremos más adelante causará problemas de inseguridad jurídica, ya que los tribunales tienen

⁹³ STS 87/2011, de 9 de febrero de 2011, FJ. 2, "El abuso sexual se comete cuando se pretende satisfacer el instinto sexual mediante tocamientos de la más diversa índole, siempre que dichos tocamientos afecten a zonas erógenas o a sus proximidades, debiendo buscarse el criterio para distinguir entre los actos punibles y los que no lo son en las acciones que una persona adulta consideraría razonablemente como intromisiones en el área de su intimidad sexual, susceptibles de ser rechazadas si no mediara consentimiento".

que interpretar y valorar qué se entiende por abuso sexual. La jurisprudencia en numerosas sentencias (SSTS 55/2012, de 7 de febrero de 2012; 231/2015, de 22 de abril de 2015 y 612/2016 de 8 de julio de 2016) “entiende que para apreciar un abuso sexual deben darse tres requisitos:

- a. Un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significativo sexual.
- b. Tal elemento objetivo o contacto corporal puede realizarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como con maniobras que éste realice sobre el cuerpo de aquél, siempre que éstas se impongan a personas incapaces de determinarse libremente en el ámbito sexual.
- c. Un elemento subjetivo o tendencial, que tiñe de antijuridicidad la conducta, expresado en el clásico "ánimo libidinoso" o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro”.

Sin embargo, aunque estos tres requisitos puedan parecer restrictivos, de cara a su aplicación, la realidad es que los tribunales admiten un concepto de abuso sexual amplio⁹⁴. La constatación de un acto sexual que lesione la libertad e indemnidad sexual de una persona imponiendo una conducta sexual sin violencia, sin intimidación, y sin consentimiento válido dará lugar al tipo delictivo del abuso sexual⁹⁵. La principal diferencia con las agresiones sexuales reside en los medios comisivos empleados; aunque tienen en común la ausencia de consentimiento libre y consciente por parte del sujeto pasivo para cometer una relación sexual. Se produce un abuso sexual siempre que la víctima no preste su consentimiento, ni pueda oponerse, no teniendo el sujeto activo que ejercer violencia o intimidación sobre ella.

Respecto a si cabe pedir contacto corporal o no para el agotamiento del tipo delictivo, la respuesta es afirmativa, ya que la semántica del precepto parece referirse a la necesidad de contacto físico cuando reclama al sujeto activo llevar a cabo algún tipo de acción sexual - “el que realizare actos que atenten contra la

⁹⁴ STS 812/2010, de 6 de octubre de 2010.

⁹⁵ Es necesario acudir a un criterio subjetivo de satisfacción sexual del acto para el autor a efectos de determinar el carácter sexual del mismo, aunque no se exige como elemento subjetivo del injusto el ánimo lúbrico. PÉREZ ALONSO, E., “Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, 2019, pp. 11-12.

libertad o indemnidad sexual”-. De modo que, se verifica que el tipo exige contacto corporal entre sujeto activo y pasivo.

2. Agravaciones específicas

Según el art. 181.4 CP en todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena se agrava con la pena de prisión de cuatro a diez años. También el art. 181.5 CP fija una agravación de la pena en su mitad superior para los supuestos del art. 180.1. 3º y 4º.

Cuando el abuso sexual con prevalimiento consista en acceso carnal por vía vaginal, anal, o bucal o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, estaremos ante la figura del delito de abuso sexual agravada, prevista en el art. 182.2 CP, y castigada con la pena de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3ª, o la 4ª, de las previstas en el artículo 180.1 del mismo Código.

4. Tipos:

3.1. Abusos sexuales por ausencia de consentimiento

4.1.1 Sobre persona privada de sentido

El art. 181.2 CP considera como abusos sexuales no consentidos “los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido”, hace referencia a circunstancias en las que la víctima no puede exteriorizar su consentimiento, por ejemplo, si está inconsciente, desmayada, con embriaguez letárgica, en coma permanente, en sueño profundo o incluso hipnotizada; ya que hay una circunstancia que imposibilita que ésta pueda configurar su voluntad con total libertad⁹⁶. El tipo no requiere que el sujeto pasivo se encuentre completamente inconsciente, sino que basta con que se encuentren mermadas sus capacidades de tal forma que el consentimiento no sea libre y voluntario. Además, el sujeto

⁹⁶ STS 575/2006, de 22 de mayo de 2006, FJ.4, “No existe discusión alguna en la jurisprudencia a la hora de calificar como abuso, y no agresión sexual, el hecho de penetrar vaginalmente a la víctima que se halla dormida, equiparándose así ese estado al de “privada de sentido”.

activo no tiene por qué haber puesto al sujeto pasivo en esta situación, simplemente debe prevalecerse de ello⁹⁷.

4.1.2 Sobre persona aquejada de trastorno mental

El mismo precepto considera como abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas de cuyo trastorno mental se abusare; ya que se considera que el sujeto pasivo no tiene la capacidad suficiente para comprender la trascendencia y la ilicitud del hecho. Se aplica en aquellos casos en los que el trastorno psíquico daña la capacidad de la víctima para configurar su libre voluntad a la hora de mantener relaciones de carácter sexual y el sujeto activo consciente de ello, actúa beneficiándose, para satisfacer su deseo sexual⁹⁸.

4.1.3 Anulación de la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química

La reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo esta especificación en el art. 181.2 CP a consecuencia del uso de drogas para privar de sentido a la víctima con el único fin de aprovecharse de ello y llevar a cabo actos de naturaleza sexual. El único requisito que se observa es que sea el sujeto activo quien proporcione a la víctima cualquier tipo de sustancia que anule su voluntad y facilite prevalecerse sexualmente de ella.

3.2. Abusos sexuales por vicio de consentimiento

3.2.1 Con prevalimiento de la situación de superioridad

En la modalidad regulada por el art. 181.3 CP existe un consentimiento viciado por parte del sujeto pasivo, esto es, el supuesto en que “el consentimiento se obtenga prevaleciéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima”. El consentimiento existe, pero se halla viciado a consecuencia de que el sujeto activo consciente de la situación

⁹⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M. y GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Delitos contra la libertad...”, op. cit., p. 188.

⁹⁸ STS 658/2010, de 7 de junio de 2010, “Juan Carlos trabajaba como auxiliar de monitor de los talleres de ASPRONA. A través de esta circunstancia, entabló relación con Epifanio quien padece oligofrenia presentando una minusvalía reconocida de un 33%. El procesado, Juan Carlos, consiguió ganarse su confianza, y, aprovechándose de sus limitaciones intelectuales y volitivas. Comenzó a citarse con ellos fuera del Centro, llegando a efectuar tocamientos en los órganos genitales, y masturbaciones”.

de superioridad se ha valido de ella y de sus efectos inhibidores para conseguir el consentimiento viciado para mantener una relación sexual.

Los requisitos legales que se exigen son que el sujeto activo necesariamente debe situarse en una situación de superioridad manifiesta respecto del sujeto pasivo, y que, en consecuencia, esa situación le influya coartando la libertad de la víctima para dar su consentimiento⁹⁹; lo cual puede suceder cuando entre ambos exista una importante diferencia de edad, una relación de parentesco, relación docente, relación laboral, relación de convivencia doméstica, relación económica, etc¹⁰⁰.

3.2.2 Con engaño

El abuso fraudulento previsto en el art. 182.1 CP, castiga al que “interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho”, con la pena de prisión de uno a tres años; aquí el medio comisivo es el engaño¹⁰¹. Son numerosas las voces críticas que reclaman a la desaparición de este precepto, ya que proviene de tiempos en los que la mujer mantenía relaciones sexuales con el varón bajo promesa de matrimonio que luego no se cumplía¹⁰².

⁹⁹ STS 517/2016, de 14 de junio de 2016, FJ.5, “La situación de superioridad debe ser notoria y evidente, es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y también «eficaz», es decir que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce. Se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad”.

¹⁰⁰ Por ejemplo, para conseguir una relación sexual, un policía o funcionario amenaza a una emigrante ilegal con denunciarla y expulsarla del territorio nacional; un empresario amenaza a un trabajador con no renovar el contrato de trabajo temporal o un profesor amenaza a un estudiante con no darle la calificación académica que le permitiría obtener una beca para continuar sus estudios. MUÑOZ CONDE, F., “La vinculación del juez...”, op. cit., p. 228.

¹⁰¹ Se entiende por engaño “la utilización, por parte del sujeto activo, con pleno conocimiento e intencionalidad, de cualquier medio fraudulento como forma de conseguir efectuar actos de contenido sexual con el sujeto pasivo, que de otra manera no hubiese obtenido”. TERRADILLOS BASOCO, J.M. y GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Delitos contra la libertad...”, op. cit., pp. 190-191.

¹⁰² Vid. STS ROJ: 5309/1992 de 1 de julio de 1992, FJ.1, “Hay engaño o promesa de matrimonio que conforme el “factum” condiciona el yacimiento”. También GARCÍA RIVAS, N., “Lección 13ª. Libertad e indemnidad...”, op. cit., p.434 y MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo XXII. Estupro. Agresiones sexuales equiparadas al estupro. Rapto” en MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 440.

4. Concursos

Existen casos, que no tienen apenas trascendencia en términos jurídicos, es decir, no alcanzan los niveles mínimos de lesividad para dañar al bien jurídico de la libertad e indemnidad sexual; bien por no tener dichos actos carácter sexual o por carecer la entidad necesaria para afectar al bien jurídico protegido. Un ejemplo de ello, son: las exploraciones y tratamientos médicos, actos habituales en el ejercicio de actividades deportivas, juegos y bromas, tocamientos fugaces y subrepticios de las zonas genitales¹⁰³. Por ello, los supuestos que plantean dudas en la tipificación como delito de abuso sexual, se calificaban anteriormente como falta de vejaciones injustas; pero con la reforma del CP por la LO 1/2015, las faltas fueron derogadas. Ahora la delimitación se plantea con la figura del delito leve de coacciones (art. 172.3 CP) o con el delito de trato degradante (art. 173 CP).

A diferencia de lo que sucedía con las agresiones sexuales, en el delito de abuso sexual nada impide la calificación del delito como continuado, que es aplicado en abundancia (SSTS 97/2009, de 9 de febrero de 2009; 328/2019, de 24 de junio de 2019 y 456/2019, de 8 de octubre de 2019;). Sin embargo, cuando se hayan desarrollado continuos actos de naturaleza sexual con la misma persona y muestren pluralidad de calificaciones jurídicas, se aplicará el art. 74.1 CP, que establece considerar la infracción más grave y aplicar la mitad superior de la pena prevista para ese delito pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado¹⁰⁴.

V. DELITO DE ACOSO SEXUAL

1. Concepto

El capítulo III del título VIII, con un único artículo, el art. 184.1 CP regula el delito de acoso sexual y castiga al “que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento

¹⁰³ PÉREZ ALONSO, E., “Concepto de abuso sexual...”, op. cit., pp. 3-5.

¹⁰⁴ STS 576/2019, de 26 de noviembre de 2019.

provocar a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante”. En el delito de acoso, se pone en peligro la libertad de decisión en el ámbito sexual del sujeto pasivo de forma que la mera solicitud de favores de naturaleza sexual supone una limitación de ésta; no exige la realización de ningún acto concreto¹⁰⁵. Lo que castiga este delito es el riesgo que sufre la persona acosada de sucumbir a las presiones a las que se ve sometida por el acosador en el ámbito laboral, docente o de prestación de servicios; debido al miedo de perder el empleo o no alcanzar una determinada calificación¹⁰⁶.

2. Tipos:

2.1. Acoso sexual básico

2.1.1 Conducta sexual

La conducta sexual típica consiste en que el sujeto activo, ha de solicitar favores de naturaleza sexual al sujeto pasivo. Dicha solicitud puede establecerse en forma de requerimiento, incitación, insinuación u oferta de prácticas sexuales y puede realizarse por palabra, por escrito o por gestos; siempre que sean peticiones serias e inequívocas para conseguir el fin típico¹⁰⁷. Sin que quepa ir acompañada de otro tipo de manifestaciones, tales como, tocamientos íntimos, ya que en este caso nos encontraríamos ante otro tipo de delito contra la libertad sexual. Los favores demandados pueden ser propuestos para el acosador o para un destinatario distinto, ya que el artículo apunta su solicitud para sí o para un tercero. A diferencia de los delitos anteriores, el delito de acoso sexual no exige contacto corporal entre ambos sujetos implicados, únicamente castiga su solicitud.

¹⁰⁵ La Comisión Europea, en su Recomendación de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad en el trabajo, definió el acoso sexual como "aquella conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo y que puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados". Disponible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/87e9a68c-8deb-47a5-a8e2-e9cd5e084dfb/language-es>

¹⁰⁶ ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra...*, op. cit., pp. 152-154.

¹⁰⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M. y GONZÁLEZ AGUDELO, G., "Delitos contra la libertad...", op. cit., pp. 205-207.

Con dicha conducta, se causa a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante; se valora aquella situación que lo sería para el conjunto de la sociedad¹⁰⁸. En primer lugar, con situación intimidatoria se refiere al *modus operandi* que utiliza el acosador para atemorizar a la víctima y provocar en ella un temor grave y objetivo que condicione el papel de ésta en la relación donde se haya planteado el acoso sexual. En segundo lugar, la situación hostil se refiere al ambiente que se crea a partir de la solicitud de favores sexuales por parte del sujeto activo al sujeto pasivo, dificultando las correctas relaciones laborales, docentes o de prestación de servicios, que venían produciéndose hasta ese momento. En tercer lugar, la situación humillante describe una conducta degradante, vergonzosa que ataca la dignidad de la víctima¹⁰⁹. El legislador ha querido delimitar con estos términos valorativos la criminalización de conductas que no tienen la entidad suficiente como para ser reprobadas; así, requiere para la consumación del delito que se cumpla la provocación de las referidas situaciones.

2.1.2 *Iter criminis*

Es complicado diferenciar la fase preparatoria de la fase ejecutiva, simplemente cabe añadir que el delito se consuma cuando mediante la solicitud sexual se provoque a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante¹¹⁰. Se considera un delito especial propio, ya que el sujeto activo debe relacionarse con el sujeto pasivo dentro un tipo específico de relación (laboral, docente o de prestación de servicios) y también se considera un delito de resultado, ya que se exige que el comportamiento delictivo provoque en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante¹¹¹.

¹⁰⁸ Lo que el estándar del hombre medio concibe como atentatorio de la dignidad de la persona. OTERO GONZÁLEZ, P., "Lección 14º. Acoso sexual", en MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 442-443.

¹⁰⁹ SSTs 721/2015, de 22 de octubre de 2015; 140/2016, de 12 de abril de 2016; y 1460/2003, de 7 de noviembre de 2003.

¹¹⁰ SAP Alicante 213/2019, de 4 de junio de 2019, FJ. 2, "El delito se consuma desde su formulación, de cualquiera manera que sea, si le sigue el efecto indicado, pero sin que sea necesario que alcance sus objetivos".

¹¹¹ Parte de la doctrina, lo ha considerado como delito de mera actividad, en el sentido de que no se exige ningún resultado para su consumación, esto es, no se tienen porqué llegar a satisfacer los favores demandados, sino que basta con su solicitud para producirse el agotamiento del delito. ORTOS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra...*, op. cit., pp. 166-167.

Dada la celeridad con la que surge el delito, es muy difícil considerar en la práctica una tentativa de éste, pero como en todo delito de resultado puede suceder que se produzca.

2.1.3 Autoría y participación

Es posible estimar una coautoría en el delito de acoso sexual, cuando intervengan varias personas en la realización del hecho delictivo y se verifique un acuerdo de voluntades. Además, se reconocen distintas formas de participación, como la cooperación necesaria, complicidad e inducción.

2.1.4 Pena

El delito se castiga con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses. Le son de aplicación accesoria las penas del art. 57 y 48 CP como son la prohibición de aproximación y comunicación con la víctima y con sus familiares, privación de acudir al lugar en el que se haya cometido el delito, o incluso, privación del derecho de residir en el mismo lugar que la víctima.

2.2 Acoso sexual cualificado

2.2.1 Acoso sexual con prevalimiento

El art. 184.2 CP introduce un tipo agravado según el cual, “si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses”. A la conducta delictiva básica se le añade el elemento de la superioridad, el cual implica un consciente aprovechamiento de la ventaja que le reporta esa especial categoría, a la hora de conseguir el fin delictivo. La conducta típica se vincula con las legítimas expectativas del sujeto pasivo, que pueden ser frustradas por el acosador, si éste no acepta la solicitud sexual¹¹². El sujeto activo abusa de su posición de supremacía respecto al sujeto pasivo, y de la dependencia objetiva de la víctima con respecto al acosador, se trata de un acoso vertical¹¹³.

¹¹² MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo IX. El bien jurídico protegido...”, op. cit., p. 210.

¹¹³ TERRADILLOS BASOCO, J.M. y GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Delitos contra la libertad...”, op. cit., p. 206.

2.2.2 Acoso sexual mediante el anuncio de causar un mal

En relación con la anterior, “si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses”. Tal y como dice el precepto, el sujeto activo no tiene porqué evidenciar cuál es el mal y qué repercusiones va a tener para la víctima, basta con que lo dé a entender. El mal al que se refiere el texto se asemeja a un daño que puede llegar a percibir la víctima, exclusivamente, en alguno de sus intereses laborales, docentes o jerárquicos¹¹⁴, en caso de no sucumbir a las presiones del acosador. El mal debe cumplir cuatro requisitos: tener cierta entidad como para comprometer la libre decisión de la víctima; ser verosímil, para convencer a la víctima de que el sujeto activo puede formalizar su anuncio; ser lícitas las expectativas y además, debe ser la víctima la persona receptora del anuncio del mal y a su vez, destinataria del mal amenazante.

2.2.3 Acoso sexual cualificado por la especial vulnerabilidad de la víctima

Otra de las agravaciones se produce “cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación”, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 del art. 184 CP. La razón que explica la agravación del tipo para todos estos casos, es el mayor peligro de lesión del bien jurídico protegido cuando se trata de un menor de edad, cuando se trata de una persona en delicado estado de salud o cuando se trata de una persona que se encuentra en una especial situación personal; ya que no cuentan con la suficiente capacidad de defensa.

¹¹⁴ Dichas expectativas en el ámbito docente pueden aludir a situaciones como aprobar un examen u obtener un determinado resultado; en el ámbito laboral se puede referir a mantener un puesto de trabajo u obtener un ascenso o aumento salarial. GOENAGA OLAIZOLA, R., “Delitos contra la...”, op. cit., p. 111.

3. Concursos

El delito de acoso sexual agravado del art. 184.2 CP referente al anuncio de un mal es de aplicación prioritaria por razón de especialidad respecto del delito de amenazas condicionales de un mal no constitutivo de delito (art. 171.1 CP). Sin embargo, el delito de acoso sexual agravado referente al prevalimiento puede llegar a convertirse en un delito de abuso sexual con prevalimiento (art. 181.3 CP) si se pasa de las palabras a la acción, absorbiendo este último por progresión en el ataque a un mismo bien jurídico.

Lo mismo ocurre con el delito de agresión sexual con intimidación (art. 179 CP) y el delito de acoso sexual cuando provoca en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria. Para que la intimidación sea considerada a efectos del primero, habrá de ser tan grave que se equipare a la violencia, si esto es así, el delito queda absorbido. En cambio, si la intimidación no alcanza la entidad suficiente como para ser equiparada, se castigará como un acoso sexual con prevalimiento. En relación con el delito contra la integridad moral (art. 173 CP), en caso de conflicto, este deberá despacharse por el principio de especialidad, aunque lo cierto es que este delito apunta a situaciones de deterioro psíquico permanente, lo cual no se produce en el delito de acoso sexual¹¹⁵.

Respecto al art. 443 CP, de sollicitación sexual por funcionario, este tipo penal es preferente por especialidad al delito de acoso sexual. Aunque atendiendo al art. 445 CP, se llevaría a cabo un concurso ideal o medial entre el delito del art. 443 y cualquiera de los delitos contra la libertad sexual que se hubieran perpetrado¹¹⁶.

VI. PROBLEMAS DE LA ACTUAL REGULACIÓN

1. Concepto de violación

¹¹⁵ GONZÁLEZ, P., "Lección 14º. Acoso...", op. cit., pp. 448-449.

¹¹⁶ STS 354/2019, de 10 de julio de 2019.

Como se ha abordado en apartados anteriores¹¹⁷, el concepto de violación no ha estado exento del vaivén legislativo. El principal error que han señalado varios autores¹¹⁸, apunta hacia un enfoque desacertado del delito de violación. Durante muchos años el delito de violación se ha entendido de forma que ha prevalido más la dignidad del violador que el perjuicio a la víctima¹¹⁹. A día de hoy y de acuerdo con el art. 179 CP, el delito de violación es considerado como una agresión sexual agravada y consiste en que el sujeto activo ataca la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, y accede carnalmente por vía vaginal, anal o bucal; o bien introduce miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías¹²⁰.

La descripción del tipo delictivo y sus requisitos – con violencia o intimidación– dejan fuera del concepto legal de violación los supuestos en los que el sujeto activo ataca la libertad sexual del sujeto pasivo, pero sin el empleo de violencia o intimidación y sin consentimiento; siendo éstos supuestos castigados por el tipo delictivo de abuso sexual. Esta distinción, ha sido criticada por el TS¹²¹, ya que en el delito de abuso sexual la conducta llevada a cabo por el sujeto activo cuenta con el carácter de lúbrico y ataca la libertad sexual de la víctima de igual forma que en el delito de agresión sexual. Simplemente por los medios comisivos

¹¹⁷ Véase *Supra*, II. LA LIBERTAD SEXUAL. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DELITOS SEXUALES EN ESPAÑA.

¹¹⁸ Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de violación...”, op. cit., pp. 178-179 y BODELÓN GONZÁLEZ, E., “Cuestionamiento de la eficacia del Derecho penal en relación a la protección de los intereses de las mujeres”, en AA. VV., Jornadas 13, *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la mujer, Vitoria, 1998, p. 185.

¹¹⁹ Desde el CP de 1848 hasta la reforma de la LO 3/1989, la violación se definió como el yacimiento con una mujer empleando fuerza o intimidación, hallándose la víctima privada de razón o sentido; o cuando fuera una menor de doce años. El coito anal o bucal se calificaba como abuso deshonesto. El fin último de aquella regulación no era proteger la libertad sexual de las personas, sino velar por el riesgo de un posible embarazo de la víctima, así como la deshonra de la familia a la que pertenecía la víctima del delito. ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de...*, op. cit., pp. 145-146.

¹²⁰ Véase *Supra*, III.3.2 Violación.

¹²¹ STS 434/1998, de 20 de marzo de 1998, FJ.9, “La agresión sexual del artículo 178 del Código, dentro del nuevo contexto jurídico, ciertamente que no muy exitoso, del Código de 1995, implica el ataque a la libertad sexual cuando se emplea por el agente alguna clase de violencia o intimidación. Como quiera que el relato fáctico no permite aludir a esa especialidad, necesariamente cabe entonces, fuera de esa vejación injusta de la instancia totalmente minusvalorada, acudir al artículo 181 que encabeza los abusos sexuales cuando, como aquí acontece, sin violencia ni intimidación, y sin que medie consentimiento de la víctima, se atenta contra esa libertad sexual. No cabe duda que los actos arriba descritos revelan una conducta libidinosa que implicó, no se olvide que fue en la calle, atentar en la vía pública contra el derecho de la en este caso una mujer a ejercer su libertad sexual como quiera y le apetezca”.

empleados –sin violencia y sin intimidación- el tribunal tiene que calificar dicha conducta como un abuso sexual, cuya pena es menor. De este modo, el legislador deja de lado las características concretas de los actos sexuales cometidos por el sujeto activo, dando prioridad a los medios utilizados para la vulneración del bien jurídico protegido.

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica firmado en 2011 -conocido como el Convenio de Estambul- y ratificado por España el 1 de agosto de 2014 entiende como violación “toda penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona y el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero”¹²². Así comprendido, el concepto de violación abarca un amplio margen de conductas que atentan contra la libertad sexual de la víctima independientemente del medio comisivo utilizado y de la resistencia que ejerce la víctima; atendiendo únicamente a la ausencia o vicio del consentimiento del sujeto pasivo para practicar cualquier acto de índole sexual¹²³. De esta forma, se evitarían numerosas dificultades interpretativas con las que lidian los tribunales. Como se analizará más adelante, es a partir de este convenio cuando se abre el debate entorno a la unificación de los conceptos de agresión sexual y abuso sexual¹²⁴.

2. La ausencia del consentimiento como elemento esencial

El elemento fundamental es el consentimiento del sujeto pasivo, ya que mediando consentimiento, se descarta el ataque a la libertad sexual y, por ende, no hay delito¹²⁵. El consentimiento debe ser libre, voluntario y efectivo para que

¹²² Artículo 36.1 del Convenio de Estambul.

¹²³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de violación...”, op. cit., pp. 204-205.

¹²⁴ Véase *Infra*, VII.2. Eliminar la actual distinción entre abuso y agresión sexual.

¹²⁵ El ejemplo más claro se manifiesta en las relaciones sexuales sadomasoquistas, ya que el consentimiento de la víctima destipifica la conducta violenta del autor.

pueda ser tenido en cuenta a la hora de estimar la falta de desvalor de la acción y del resultado y, en consecuencia, el tipo del delito¹²⁶.

El CP califica como agresión sexual a toda acción sexual ejecutada con violencia o intimidación y lo castiga con la pena de prisión de seis a doce años; y en cambio, califica como abuso sexual cuando la misma acción típica se ejecuta bajo la ausencia de violencia o intimidación y lo castiga con la pena de prisión de cuatro a diez años. Resulta sorprendente que una misma conducta realizada a través de distintos medios comisivos sea castigada con una pena diferente, sobre todo porque como señalan algunos autores, la prueba de la existencia de violencia o intimidación no siempre es fácil¹²⁷.

El Convenio de Estambul en su art. 36.2 establece que “El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”. Así, se prevé como esencial el consentimiento voluntario de las partes implicadas en el acto sexual; o dicho de otra forma, la ausencia de consentimiento se constata como elemento definidor de la existencia de un delito contra la libertad sexual. El Convenio de Estambul sienta la base para considerar que existe violación si la víctima no presta su consentimiento expreso, verbal o gestual¹²⁸; pasando a un segundo plano, los medios comisivos utilizados por el autor, esto es, si actuó con violencia, intimidación, prevalimiento, engaño o cualquier otro medio para ejecutar el acto sexual¹²⁹.

3. El testimonio de la víctima como principal prueba de cargo

¹²⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de violación...”, op. cit., p. 187.

¹²⁷ Resulta más sencillo para los tribunales analizar el comportamiento de la víctima, que el comportamiento del autor o la objetividad de los hechos. De forma que, si no se constata la utilización de los medios comisivos típicos, se aplica el delito de abuso sexual, castigado con una pena inferior a la del delito de agresión sexual. ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de...*, op. cit., pp. 196-198. En este sentido, STS ROJ: 3823/1979, de 25 de mayo de 1979 en la que, para probar la existencia de violencia o intimidación empleada por el autor, se juzga la resistencia ejercida por la víctima.

¹²⁸ VALLEJO TORRES, C., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacia fuera para reflexionar desde dentro”, *Diario La Ley*, Nº 9263, 2018, p. 4.

¹²⁹ ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de...*, op. cit., pp. 80-88.

La principal prueba en los delitos contra la libertad sexual resulta ser en numerosas ocasiones la declaración prestada por la propia víctima del delito¹³⁰; la cual se considera prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia del autor, siempre que se cumplan ciertos parámetros¹³¹. La jurisprudencia tanto del TS (SSTS 339/2007, de 30 de abril de 2007, 469/2013, de 5 de junio de 2013, 553/2014, de 30 de junio de 2014) como del Tribunal Constitucional (SSTC 229/1991, de 28 de noviembre de 1991 y 195/2002, de 28 de octubre de 2002) han fijado tres elementos – ausencia de incredibilidad subjetiva, credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio y la persistencia en la incriminación- para atribuir valor probatorio al testimonio de la víctima.

Estos elementos de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE); ya que frente a una única prueba, que emana de la parte denunciante, dicha presunción solo puede quedar eliminada cuando la declaración de la víctima supere los principios racionales de valoración que le concedan la firmeza necesaria para ofrecer, desde el punto de vista objetivo, una convicción al tribunal, ausente de toda duda sobre la responsabilidad del sujeto activo¹³².

En caso de que alguno de los elementos a tener en cuenta, no cuenten con la credibilidad suficiente, el juzgador en virtud del principio de la libre valoración de la prueba, puede conceder a la prueba testifical de la víctima el valor de prueba de cargo, siempre que motive las razones de su proceder¹³³.

¹³⁰ En los delitos contra la libertad sexual, se produce una dificultad investigativa. Es frecuente que los hechos delictivos se produzcan en esferas íntimas, en lugares ocultos y no cuenten con la presencia de otros testigos; dificultando de esta forma la existencia de otra prueba que no sea la declaración de la propia víctima. STS 125/2018, de 15 de marzo de 2018.

¹³¹ STS 849/2013 de 12 noviembre de 2013, FJ. 4, "El hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente".

¹³² STS 355/2015, de 28 de mayo de 2015.

¹³³ "Afirma que no tienen que aparecer los tres elementos, unidos e indisolublemente, para otorgar credibilidad a la declaración de la víctima como prueba de cargo". SSTS 381/2014 de 21 de mayo de 2014 y 323/2017, de 4 de mayo de 2017.

3.1 Ausencia de incredibilidad subjetiva

La credibilidad subjetiva de la víctima puede depender de las características físicas o psíquicas del testigo (por ejemplo: que padezca minusvalía sensorial o síquica, trastorno o debilidad mental, ceguera, sordera, edad infantil...); aunque el hecho de padecer alguna de ellas no invalida su testimonio, sí que lo debilita. La existencia de móviles espurios (ánimo de proteger a un tercero, intereses contrapuestos) también influyen, ya que según la previa relación que haya tenido la víctima con el agresor (odio, resentimiento, venganza o enemistad) su declaración puede quedar privada de certeza, e impedir la adecuada formación de una convicción incriminatoria¹³⁴. El deseo de justicia derivado del sufrimiento generado por el propio hecho delictivo no puede calificarse en ningún caso de motivación espuria que pueda viciar la credibilidad de la declaración de la víctima¹³⁵.

3.2 Credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio

El segundo criterio de valoración de la víctima debe basarse en la lógica de la declaración y en la verosimilitud de su propio contenido (coherencia interna); y debe apoyarse en referencias objetivas de carácter circundante obrantes en el proceso (coherencia externa)¹³⁶; sin olvidar que por lo general esta tipología delictiva se produce en la intimidad, por tanto, será difícil encontrar testigos directos, y habrá que recurrir a declaraciones referenciales¹³⁷. Se ha de atisbar

¹³⁴ FERNÁNDEZ-FIGARES MORALES, M.J., “La fuerza probatoria del testimonio de la víctima en la condena por delitos de violencia contra la mujer”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Nº 28, 2012, pp. 27-29.

¹³⁵ STS 553/2014, de 30 de junio de 2014.

¹³⁶ Se refiere a la concurrencia de datos periféricos obtenidos de testigos, de forma referencial o indirecta. También es ejemplo de ello cualquier informe que avale el reconocimiento médico realizado por profesionales a la víctima del delito.

¹³⁷ Serán importantes las declaraciones de las personas que entren en contacto con la víctima inmediatamente después de la consumación del delito. En el caso de La Manada, el Tribunal de instancia da suma importancia al testimonio de la pareja que auxilió a la víctima, los policías que la trasladaron al Hospital y el personal de urgencia hospitalaria y ginecología del Complejo Hospitalario de Navarra. Vid. BOTIAS BENEDIT, A., “Algunos apuntes sobre el delito de violación. Especial referencia al caso de “La Manada”, *A definitivas*, 3 de octubre de 2019. Disponible en: <https://adefinitivas.com/arbol-del-derecho/apuntes-caso-de-la-manada/>

la ausencia de contradicciones en el relato de los hechos descritos por la víctima¹³⁸.

3.3 La persistencia en la incriminación

Conforme a las pautas jurisprudenciales¹³⁹, este criterio se compone de:

- a) Ausencia de modificaciones esenciales en las declaraciones formuladas por la víctima, sin contradecirse ni desdecirse. Fundamentalmente, se busca la persistencia de la incriminación prolongada en el tiempo, en un sentido material y “no meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida”¹⁴⁰; es decir, constante en lo sustancial de las distintas declaraciones.
- b) Concreción en la declaración, esto es, debe ser explicada sin ambigüedades, ni generalidades, ni vaguedades. Significa que la declaración ha de ser concreta y precisa. Es positivo que la víctima sea específica cuando narre los hechos con particularidades y detalles que cualquier persona en su misma situación sería capaz de relatar.
- c) Coherencia o ausencia de contradicciones en las declaraciones que se sucedan a lo largo del procedimiento, manteniendo el relato una conexión lógica entre las versiones narradas en el tiempo.

4 La continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual

¹³⁸ STS 254/2019, de 21 de mayo de 2019, FJ. 2, “Es posible que el Tribunal avale su convicción en la versión de la víctima, ya que la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie de factores: seguridad en la declaración ante el Tribunal por el interrogatorio del Ministerio Fiscal, letrado/a de la acusación particular y de la defensa; concreción en el relato de los hechos ocurridos objeto de la causa; claridad expositiva ante el Tribunal; “lenguaje gestual”, forma en que la víctima se expresa; seriedad expositiva que aleja la creencia del Tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble; expresividad descriptiva en el relato de los hechos ocurridos; ausencia de contradicciones y concordancia del iter relatado de los hechos; ausencia de lagunas en el relato de exposición que pueda llevar a dudas de su credibilidad; la declaración no debe ser fragmentada; debe contar tanto lo que a ella y su posición beneficia como lo que le perjudica”.

¹³⁹ SSTs 381/2000, de 10 de marzo de 2000 y 605/2019, de 10 de diciembre de 2019.

¹⁴⁰ STS 849/1998, de 18 de junio de 1998.

El art. 74 CP regula el delito continuado, posibilitando que cuando “en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza” el responsable será castigado como autor de un delito continuado. El apartado tercero, prevé una excepción en su aplicación cuando la ofensa se produzca en bienes eminentemente personales, salvo cuando se produzcan contra la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo; ya que entonces se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

La continuidad delictiva se observa cuando existe una pluralidad de hechos homogéneos, de igual naturaleza; pero, no es posible discernir o calificar aquellos de forma individualizada¹⁴¹. Para abordar el estudio de la continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual es preciso diferenciar si los actos sexuales son llevados a cabo por un mismo sujeto o si se produce una repetición de acciones por distintos sujetos. En caso de que sea una misma persona la que bajo la misma situación intimidatoria o de violencia o no, pero sí con inmediatez espacio-temporal cometa un acto delictivo de naturaleza sexual; la línea jurisprudencial dominante¹⁴² se decanta por no admitir el delito continuado, excepto cuando se den los presupuestos necesarios para la aplicación de la figura de la “unidad natural de acción¹⁴³; esto es, la agrupación en una única acción de diferentes conductas sexuales delictivas. Para su aplicación, el tribunal

¹⁴¹ Por ejemplo, cuando un menor ha sufrido abusos sexuales durante un largo periodo de tiempo en el que se repiten los mismos comportamientos delictivos por parte del autor en distintas ocasiones. Lo que sucede es que no es posible saber el número exacto de abusos cometidos, por tanto, se califica como abuso sexual continuado. ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de...*, op. cit., pp. 265-270.

¹⁴² SSTs 1150/1995, de 20 de noviembre de 1995; 134/2001, de 6 de febrero de 2001 y 345/2018, de 11 de julio de 2018.

¹⁴³ STS 895/2001, de 21 de mayo de 2001, FJ. 4, “Procede apreciar la existencia de “una sola acción punible” en los casos de iteración inmediata del acceso sexual con el mismo sujeto pasivo por parte de un solo sujeto activo, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, lo cual no supone la aplicación a dichos hechos de la continuidad delictiva sino, precisamente el extraerlos de la misma en atención a que ésta supone una pluralidad de acciones delictivas, lo que no sucede en los supuestos contemplados en las referidas sentencias ni en el que ahora examinamos en el que el sujeto activo, con inmediatez temporal, realizó sobre la misma víctima una penetración bucal y vaginal, existiendo una unidad de hecho compatible con su fragmentación en variedad de actos utilizando la misma violencia e intimidación y con una única situación motivacional del autor, lo que permite afirmar una unidad típica”.

verifica que se suceda: unidad del injusto, unidad espacio-temporal y unidad de culpabilidad¹⁴⁴. La figura de la unidad natural de acción se sostiene hasta que el sujeto activo satisface su deseo sexual; es entonces cuando decae la unidad de culpabilidad y todo acto sexual posterior se considera que renueva el dolo¹⁴⁵. Además, cuando se termina la unidad espacio-temporal de los hechos delictivos –aun sin agotar la fase de consumación del delito- cesará también la unidad natural de acción y todo ello determinará el inicio de una posible continuidad delictiva¹⁴⁶.

En cambio, si han sido varias personas las que han agredido o abusado sexualmente de la víctima, la doctrina considera que no concurren los requisitos para apreciar una continuidad delictiva¹⁴⁷, ya que el hecho de que distintos sujetos llevan a cabo comportamientos sexuales típicos, descompone la homogeneidad exigida en los hechos delictivos. No es el número de sujetos activos el elemento que determina la concurrencia de una pluralidad delictiva; sin embargo, cuando hay diversos autores materiales, que ataquen con violencia o intimidación a una sola persona, únicamente cabe apreciar tantos delitos como sujetos activos hayan lastimado la libertad sexual de la víctima¹⁴⁸.

Hay autores¹⁴⁹ que consideran que, aunque no se cumpla la exigencia de la “unidad natural de acción”, sí que se verifica la unidad espacio-temporal y

¹⁴⁴ CARUSO FONTÁN, V., “Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el Caso de la Manada”, en RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M.A. (Coords.), *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 226-232.

¹⁴⁵ “Tantas veces satisfaga su apetito el asaltante, tantos delitos habrá cometido”. ORTOS BERENGUER, E., *Delitos contra...*, op. cit., p. 179.

¹⁴⁶ STS 967/2013, de 19 de diciembre de 2013.

¹⁴⁷ STS 462/2019, de 14 de octubre de 2019, FJ.10, “Además, en lo que hace referencia a supuestos en los que sean varios los acusados y cada uno de ellos haya consumado una penetración y, con intercambio de roles, haya participado en actos de violencia o intimidación tendentes a lograr que el resto de acusados pudieran consumir sendas penetraciones que por sí mismas integren un delito de violación, la Sala ha proclamado que no pueden considerarse integrantes de un delito continuado, tanto porque su naturaleza permite apreciar la individualidad de cada una de las agresiones, como porque se trata de acciones ejecutadas por distintos sujetos activos. La jurisprudencia sostiene la imposibilidad de construir la continuidad delictiva cuando los sujetos activos se van turnando en la penetración sexual de una misma víctima en los términos contemplados en el artículo 179 del Código Penal”.

¹⁴⁸ STS 76/2006, de 31 de enero de 2006, FJ.4, “Hay que tener en cuenta, que, según se regula en el art. 74.3 esta materia, el principio general es la exclusión de la figura del delito continuado respecto de aquellos delitos que constituyan ofensas a bienes eminentemente personales, entre los cuales sin duda se encuentran el de violación y demás que en nuestro CP aparecen designados bajos los nombres de agresiones o abusos sexuales”.

¹⁴⁹ CARUSO FONTÁN, V., “Reflexiones en torno...”, op. cit., pp. 234-237.

además, la modalidad comisiva es igual. Se trata de situaciones en las que los intervinientes se sirven de la presencia y ayuda del otro para facilitar un delito sexual en idénticas condiciones y, por tanto, se debe de apreciar la continuidad del delito. El ejemplo más ilustrativo lo tenemos en la violación sexual múltiple que se produjo en Pamplona el 6 de julio de 2016, más conocido como el caso de “La Manada”; tanto la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Navarra 38/2018, de 20 de marzo de 2018 como el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Navarra en sentencia de 8/2018, de 30 de noviembre de 2018 y el TS en sentencia 344/2019, de 4 de julio de 2019 han aceptado la calificación de los hechos como delito continuado.

5. Necesidad de Juzgar con perspectiva de género

La realidad social que vive nuestra sociedad en materia de delitos contra la libertad sexual, el aumento de los casos y la puesta de manifiesto de contradicciones judiciales, hace indispensable que todo el personal que intervenga en estos casos lo haga con perspectiva de género¹⁵⁰. La maquinaria judicial debe enjuiciar los delitos de violencia sexual con perspectiva de género principalmente, para evitar la revictimización de la víctima¹⁵¹ – tergiversando sus movimientos y condicionando sus decisiones- y la recriminalización del agresor. El derecho penal debe garantizar la presunción de inocencia del agresor al mismo tiempo que promueva técnicas para empatizar con la víctima¹⁵². Como

¹⁵⁰ Necesidad de que los funcionarios públicos, especialmente el personal responsable de hacer cumplir la ley (policías, fiscales, jueces), los proveedores de servicios sanitarios, los trabajadores sociales y los educadores estén plenamente familiarizados con las disposiciones jurídicas aplicables y sensibilizados con el contexto social de la violencia contra la mujer. FARALDO CABANA, P., y CATALINA BENAVENTE, M. A., “La formación y especialización de los agentes implicados en el tratamiento penal de la violencia de género. La situación en España”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, Nº 28, 2016, p. 181.

¹⁵¹ La revictimización o victimización secundaria hace referencia al incremento de los daños psicológicos, judiciales, económicos, sociales que sufre la víctima en un momento posterior al delito cuando se enfrenta al inadecuado tratamiento que recibe por parte de las personas que intervienen en el tratamiento de un delito contra la libertad e indemnidad sexual. La víctima del caso de La Manada escribe una durísima carta después de la STS 344/2019 en la que explica que: “Tras casi 3 años este proceso por fin se ha terminado. Ha sido largo, intenso, y sobre todo agotador. Lo peor no fue la situación vivida, sino todo lo que vino después”. Disponible en: https://www.telecinco.es/elprogramadeanarosa/victima-manada-carta-exclusiva_18_2778045034.html

¹⁵² “La perspectiva de género en Derecho penal no persigue dotar de un papel privilegiado a la mujer en el ámbito de la teoría del delito, ni en el ámbito del proceso penal, persigue eliminar estereotipos muy arraigados en la sociedad y en muchos operadores jurídicos que culpabilizan a las mujeres de los delitos que son víctimas y como manifestación de la discriminación, la

hemos podido comprobar a lo largo de todo el trabajo, el código penal español ha evolucionado muy rápido a lo largo de los últimos años desprendiéndose de concepciones machistas; sin embargo, debemos seguir trabajando para eliminar todas aquellas interpretaciones que para justificar la conducta delictiva del sujeto activo buscan cualquier mínimo reproche en el comportamiento de la víctima, poniendo en tela de juicio su propia condición de víctima¹⁵³.

El derecho penal tiene que impedir que las víctimas de los delitos sexuales, queden desprotegidas por la falta de formación de nuestros agentes jurídicos; se debe de potenciar competencias orientadas a erradicar cualquier tipo de discriminación hacía la mujer por razón de género (abandonando presunciones que juzgan su intimidad y no aclaran los hechos cometidos por el autor), a fomentar habilidades empáticas con la víctima sin perder la objetividad hacia el agresor¹⁵⁴. En este sentido el Convenio de Estambul, en los artículos 6 y 15¹⁵⁵, inciden en la necesidad de una adecuada formación de todos los operadores jurídicos que intervienen en este tipo de procesos penales.

La prevención de la violencia sexual no sólo debe venir de la intervención del Derecho penal, sino que también se advierte necesario educar a la sociedad en

situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. Véase ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de...*, op. cit., pp. 431-437.

¹⁵³ Vid. La sentencia del “caso de la minifalda”, SAP de Lleida de 17 de febrero de 1989 o la sentencia del “caso de la mujer de vida licenciosa”, SAP de Pontevedra de 27 de febrero de 1989.

¹⁵⁴ La formación en materia de género debe abrir ante la capacidad del juzgador del derecho para motivar una sentencia, de la pluralidad de matices que ofrecen la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad. ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de...*, op. cit., p. 435.

¹⁵⁵ Artículo 6: “Políticas sensibles al género. Las Partes se comprometen a incluir un enfoque de género en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones del presente Convenio y a promover y aplicar de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y para la adquisición de autonomía de las mujeres” y Artículo 15 “Formación de profesionales. 1- Las Partes impartirán o reforzarán la formación adecuada de los profesionales pertinentes que traten con víctimas o autores de todos los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio, en materia de prevención y detección de dicha violencia, igualdad entre mujeres y hombres, necesidades y derechos de las víctimas, así como sobre la manera de prevenir la victimización secundaria. 2- Las Partes fomentarán la inclusión en la formación a que se refiere el apartado 1 de una formación en materia de cooperación coordinada e interinstitucional con el fin de permitir una gestión global y adecuada de las directrices en los asuntos de violencia incluidos en el ámbito del presente Convenio”.

valores de igualdad y resolución pacífica de conflictos; y sólo entonces se conseguirá combatir de forma eficaz este tipo de violencia¹⁵⁶.

VII. LA NECESIDAD DE UNA NUEVA REGULACIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES

A partir del caso de “La Manada”, surge una polémica social de enorme repercusión mediática acerca de los delitos contra la libertad sexual, y es entonces cuando se percibe necesaria una nueva regulación de estos delitos que acabe con la violencia contra las mujeres¹⁵⁷. Dos propuestas oficiales de reforma han puesto de manifiesto la necesidad del cambio, ambas reformas tratan de elaborar una profunda modificación para adaptar el CP a la regulación de los delitos sexuales que presenta el Convenio de Estambul. Este cambio debe afectar no sólo a las penas¹⁵⁸, sino que también, debe de implementar la perspectiva de género en su tratamiento y debe combatir las nuevas formas de agresión sexual colectiva. Sin embargo, son dos reformas que pretenden un modelo de cambio distinto, con un sistema de intervención diferenciado¹⁵⁹.

La primera reforma parte de una iniciativa parlamentaria¹⁶⁰ presentada el 11 de julio de 2018 por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En

¹⁵⁶ AVILÉS PALACIOS, L., “Capítulo X: La perspectiva de género como técnica jurídica e instrumento necesario para una justicia igualitaria” en VV. AA., *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 304-310.

¹⁵⁷ Artículo 3 del Convenio de Estambul: “Por “violencia contra las mujeres” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”.

¹⁵⁸ La Proposición entiende que la equiparación de las conductas de agresiones y abusos básicos ha de llevar a aplicar la pena, más grave, de las primeras a los segundos. De este modo, los abusos sexuales básicos, ahora considerados agresiones, pasan a tener prevista una pena de prisión de 1 a 5 años, en lugar de la actual de 1 a 3 años de prisión o multa de 18 a 24 meses. El Anteproyecto procede a elevar las penas de los tipos básicos de los actuales abusos y agresiones sexuales. La pena del tipo básico de los primeros, consiste en una pena de prisión de 1 a 3 años, sin posibilidad de aplicar en su lugar pena de multa. La pena de las conductas en las que media violencia o intimidación consiste en una pena de prisión de 3 a 5 años en el tipo agravado en el que se encuentran. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 21, 2019, pp. 21-26.

¹⁵⁹ Son dos reformas que coinciden en líneas generales pero los textos presentan singularidades entre sí. ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de...*, op. cit., p. 405.

¹⁶⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XII Legislatura. Serie B: Propositiones de Ley, núm. 297-1, de 20 de julio de 2018. La Proposición persigue abordar los delitos contra la libertad sexual con el único propósito de hacer frente a la violencia sexual

Comú Podem-En Marea, denominada “Proposición de Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la erradicación de las violencias sexuales” (en adelante Proposición). Es una propuesta ambiciosa, ya que con esta ley se pretende renovar el marco jurídico existente en materia de garantías de libertad sexual en el ordenamiento jurídico español¹⁶¹. La segunda reforma se ha planteado por la Comisión General de Codificación para la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales con el nombre de “Anteproyecto de Ley Orgánica para la Modificación del Código Penal para la protección de la libertad sexual de las ciudadanas y ciudadanos” (en adelante Anteproyecto) –aunque el texto no se ha publicado de forma oficial, se han filtrado copias que han difundido los medios de comunicación¹⁶²-. Se trata de una reforma más concreta, que se centra en el tratamiento de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Este estudio se va a centrar en analizar las novedades más interesantes incluidas tanto en la Proposición como en el Anteproyecto.

1. Ampliar de las competencias de los juzgados especializados en violencia de género y crear un tipo específico para estos casos.

Los Juzgados de Violencia sobre la mujer fueron creados por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOPIVG), acumulando competencias civiles y penales¹⁶³, con el fin de que la respuesta judicial ante la violencia sobre la mujer sea única y coordinada. Tras la reforma que ha efectuado la LOPIVG, se introduce el art. 87 bis en la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ); donde se establece que en cada partido judicial habrá uno o más juzgados de Violencia

siguiendo el espíritu de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

¹⁶¹ Tal y como establece la Proposición en su Exposición de Motivos “La Ley surge de la necesidad de formar y enseriar conciencias activas, individuales y colectivas, en pro de relaciones igualitarias, de unas instituciones comprometidas con la erradicación de las violencias sexuales y de adoptar mecanismos para garantizar la reparación integral de las víctimas (...) La presente regulación pretende recoger los consensos y obligaciones internacionales en la materia y poner fin a la invisibilidad, falta de credibilidad, estigma y revictimización institucional y social que enfrentan quienes han sufrido violencia sexual”.

¹⁶² ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de...*, op. cit., p. 405.

¹⁶³ Cfr. Artículo 44 de la LOPIVG que establece las materias civiles y penales de las que van a ser competentes estos Juzgados. Asimismo, ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia...*, op. cit., pp. 349-361.

sobre la Mujer con sede en la capital de aquél y jurisdicción en todo su ámbito territorial¹⁶⁴.

La Proposición introduce la ampliación de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la mujer para la instrucción de las causas relacionadas con la violencia sexual contra las mujeres¹⁶⁵; y la ampliación de las funciones de la Fiscalía en éstas¹⁶⁶. Además de la creación de juzgados de lo Penal y salas de la Audiencia Provincial (AP) especializadas en violencias sexuales, de acuerdo con lo previsto en el art. 98 de la LOPJ¹⁶⁷. En el texto del Anteproyecto no se establece nada al respecto.

En cambio, tanto el Anteproyecto como la Proposición incorporan una nueva circunstancia de agravación de la pena, en cumplimiento con el Convenio de Estambul¹⁶⁸, cuando el agresor haya sido o sea pareja de la víctima. La diferencia es que según la Proposición se aplicará esta circunstancia cuando “el autor de un delito contra la libertad sexual es o haya sido cónyuge o persona que haya estado ligada a la víctima por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”. Y añade a la fórmula anterior “al ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines de la víctima”¹⁶⁹; sin embargo, el

¹⁶⁴ Dentro de la jurisdicción ordinaria se ha especializado a determinados juzgados para que se encarguen de estas materias. El art. 44 LOPIVG menciona los delitos para los que estos juzgados son competentes: homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o con intimidación, siempre y cuando se lleven a cabo sobre una mujer pro quien sea o haya sido su marido o su compañero sentimental. *Ibídem*, p. 354.

¹⁶⁵ Artículo 51 de la Proposición: Ampliación de la competencia de los Juzgados de violencia sobre la mujer y de la Fiscalía contra la violencia sobre la mujer. “1. Serán competentes para la instrucción de las causas relacionadas con las violencias sexuales el Juzgado de violencia sobre la mujer del domicilio de la víctima. 2. La Fiscalía contra la violencia sobre la mujer, así como las secciones contra la violencia sobre la mujer reguladas por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal extenderán sus funciones a los procedimientos relacionados con las violencias sexuales”.

¹⁶⁶ Véase, Instrucción 7/2005, de la Fiscalía General del Estado: “El fiscal contra la violencia sobre la mujer y las secciones contra la violencia de las fiscalías”.

¹⁶⁷ Artículo 52 de la Proposición: Creación de Juzgados de lo Penal y Salas especializadas de las Audiencias Provinciales. “Para el conocimiento y fallo de los procedimientos relacionados con las violencias sexuales se crearán, de acuerdo con lo previsto en el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, Juzgados de lo Penal y Salas de las Audiencias Provinciales especializados en violencias sexuales”. También *Supra*, VI.5 Necesidad de Juzgar con perspectiva de género.

¹⁶⁸ Artículo 36.3: “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las disposiciones del apartado 1 se apliquen también contra los cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, de conformidad con su derecho interno”.

¹⁶⁹ Siguiendo la fórmula del art. 23 CP: “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga

Anteproyecto, especifica que la víctima sea mujer, ya que aplica esta circunstancia cuando “la víctima fuere o hubiese sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”¹⁷⁰.

Cabe destacar la novedosa STS 658/2019, de 8 de enero de 2020, que explica el silencio y la tardanza en denunciar de las víctimas a través del concepto de “resiliencia”; y la necesidad de juzgados especializados para temas tan complejos. La resiliencia entendida como la capacidad de los seres humanos para adaptarse positivamente a las situaciones adversas; es decir, la capacidad de tener éxito de modo aceptable para la sociedad, a pesar de poseer una situación de estrés o de una adversidad que implica normalmente un grave riesgo de resultados negativos. Este concepto es importante para poder entender a la víctima cuando se producen los abusos sexuales dentro del entorno familiar, “en donde el silencio se ha apoderado de la víctima, bien sea por la menor edad de los menores que están intimidados por el agresor, o de maltrato físico o psíquico en pareja que convive y en los que el silencio de la víctima al agresor se convierte en un patrón en la conducta de la víctima que no puede tener la suficiencia fuerza como para denunciar esta situación que está sufriendo”. En los casos de violencia doméstica y violencia sexual, el silencio y el retraso en denunciar no puede enmascarar la verdad de lo ocurrido; a pesar de que las víctimas como mecanismo de autoprotección piensan en las conductas agresivas como algo “normal”, ya que se encuentran en un estado de subyugación por parte de su maltratador o agresor. La creación de Juzgados y tipos delictivos especializados da cierta seguridad a la víctima para denunciar y romper con todo aquello que la mantiene sometida.

2. Eliminar la actual distinción entre abuso y agresión sexual

La publicación de la SAP de Navarra 38/2018, de 20 de marzo de 2018, en la que se condenó a los cinco acusados de la Manada de Pamplona en concepto

relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

¹⁷⁰ Cfr. Artículo 47 de la Proposición y Artículo 180.1. 4º y 7º propuesto en el Anteproyecto.

de autores por un delito continuado de abuso sexual con prevalimiento en la modalidad agravada por el acceso carnal y conductas asimiladas¹⁷¹ (arts. 181.3 y 4; y 74 CP) castigado con una pena de prisión de 9 años¹⁷²; motivó fuertes protestas y movilizaciones masivas en amplios sectores de la sociedad. Los cuales reclamaban que los hechos se calificaran como un delito de agresión sexual agravado, es decir, una violación¹⁷³. A raíz de esta sentencia, se abre la caja de pandora¹⁷⁴, iniciándose un debate acerca de la distinción entre abuso y agresión sexual en la vigente regulación del CP.

Los elementos que diferencian a la agresión sexual del abuso son dos: el concepto de violencia o intimidación y el papel del consentimiento. Por un lado, en el delito de agresión sexual, la violencia empleada¹⁷⁵ debe ser suficiente y eficaz para alcanzar el fin propuesto sin que sea imprescindible que la víctima oponga resistencia –ya que la resistencia no es un elemento del tipo- y por otro lado, la intimidación¹⁷⁶ se considera suficiente cuando consigue suprimir la voluntad de resistencia de la víctima –que ha alcanzado el convencimiento de que cualquier oposición resultaría inútil y seguramente derivaría en mayores males-. En definitiva, la violencia y/o intimidación deben ser idóneas para

¹⁷¹ La sentencia del TSJ de Navarra 8/2018, de 30 de noviembre de 2018 resuelve los recursos de apelación por infracción de ley impuestos por las defensas y las acusaciones contra la SAP de Navarra 38/2018, de 20 de noviembre de 2018. La sentencia no cambia ni la calificación jurídica ni las penas impuestas, pero en este caso, dos de los cinco miembros del tribunal aprecian un delito de violación. ACALE SÁNCHEZ, M., “Cuidado, Manada, la justicia anda suelta”, *Diario Nueva Tribuna*, Nº 8, 8 de diciembre de 2018, pp. 1-6. Disponible en: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/sociedad/sentencia-caso-manada-delito-violacion/20181208092302158215.html>

¹⁷² Además de las penas accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de acercamiento a la víctima y de comunicarse con ella por cualquier medio durante 15 años y una medida post-penitenciaria de 5 años de libertad vigilada además del pago de una indemnización conjunta de 50.000€ en concepto de responsabilidad civil. FARALDO CABANA, P. y RAMÓN RIBAS, E., “La sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España” en RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M.A. (Coords.), *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 247-248.

¹⁷³ Las movilizaciones en las calles fueron masivas, todas ellas bajo un mismo lema: “No es abuso, es violación”. ACALE SÁNCHEZ, M., “Y finalmente hubo violación, no abuso”, *El Diario*, 21 de junio de 2019, pp. 1-4. Disponible en: https://www.eldiario.es/zonacritica/finalmente-violacion-abuso_6_912418774.html

¹⁷⁴ “El juicio de “la Manada” no es un juicio a cinco personas acusadas de agresión sexual. Es un juicio a la violencia sexual machista y al patriarcado. Toda absolución es un paso atrás. Toda condena que no sea ejemplar es una derrota”. RAMÍREZ ORTIZ, J.L., “Sociedad en red, igualdad, proceso y derecho penal”. La sentencia de “La Manada”, *Jueces para la Democracia*, Nº 92, 2018, p. 15.

¹⁷⁵ Véase *Supra*, III.2.1 Violencia

¹⁷⁶ Véase *Supra*, III.2.2 Intimidación

doblegar la voluntad del sujeto pasivo o lo que es lo mismo, impedirle actuar conforme a su propia voluntad. En cambio, en el delito de abuso sexual, no deben aparecer como medios comisivos ni la violencia, ni la intimidación; pero en el caso del abuso sexual con prevalimiento de una situación de superioridad (art. 181.3 CP) se puede apreciar una modalidad intimidatoria, por el hecho de que el sujeto activo se beneficie de esa situación que con toda probabilidad anuncia expresa o tácitamente la causación de un mal¹⁷⁷. En los supuestos de prevalimiento, en principio media un consentimiento de la víctima, aunque ese consentimiento es irrelevante porque está viciado. La línea que separa a ambos delitos es muy delgada y estructuralmente son idénticos; ya que estamos ante dos delitos que describen la misma conducta llevada a cabo por distintos medios comisivos. Sin embargo, existen notables diferencias penológicas, dependiendo de si los hechos se califican de acuerdo a una figura delictiva o a otra¹⁷⁸. Por tanto, si resulta acreditado que el sujeto activo empleó violencia o intimidación, cualquiera que sea su entidad, no se debe discutir si fue o no bastante, ya que está claro que se trata de un delito de agresión sexual y no de abuso.

Respecto al consentimiento, sólo se debe apreciar que media consentimiento cuando éste sea expreso, de ahí los famosos lemas: “No es No” y “Sólo sí es sí”¹⁷⁹. No se puede apreciar que existe consentimiento válido, ante la falta de oposición activa por parte de la víctima o cuando el consentimiento está viciado como en los abusos sexuales, ya que, en ambos casos, la víctima no puede decidir libremente. Es importante tener en cuenta que es el comportamiento del autor lo que determina la calificación del delito como agresión sexual, no el comportamiento de la víctima. El medio comisivo empleado es indiferente, lo

¹⁷⁷ En el caso de La Manada, no se identifica una amenaza concreta ni expresa, pero “se da a entender la concurrencia de una amenaza tácita, implícita o solapada derivada de la intimidación ambiental”. BOLDIVA PASAMAR, M.A., “Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como “caso de La Manada”, *Diario La Ley*, N° 9500, 2019, p. 4. Asimismo, STS 769/2015, de 15 de diciembre de 2015, FJ. 8, “La línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada”.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, p. 2.

¹⁷⁹ Esta es la única forma de proteger a mujeres que como en el caso de la Manada, reaccionan ante un supuesto traumático bloqueándose. MUÑOZ CONDE, F., “La vinculación del juez...”, op. cit., p. 231.

esencial es que la víctima no haya consentido expresamente ese acto¹⁸⁰, bien sea porque ha manifestado su oposición –verbal o gestual- o porque no ha tenido la posibilidad material de expresarlo con libertad por no encontrarse en plenas condiciones¹⁸¹. Siguiendo el modelo del Convenio de Estambul, el CP necesita una modificación que evite sentencias contradictorias, bien sea de la mano de la unificación del concepto de los delitos de abuso y agresión sexual¹⁸²; bien sea a través de una reforma que delimite claramente las líneas divisorias y reinterpretar tanto el papel del consentimiento como los conceptos de violencia e intimidación¹⁸³.

Finalmente, el TS en sentencia 344/2019, de 4 de julio, realiza un cambio de valoración en el caso de “La Manada” de los elementos típicos del delito. Esto es, considera que existió una atmósfera de intimidación creada por los cinco agresores, necesaria para atemorizar a la víctima, y utilizada por ellos para ejecutar el acto sexual sin su consentimiento –como no existió consentimiento alguno, no se puede considerar que el consentimiento estuviese viciado y por ende, los hechos no se pueden calificar como abuso sexual-¹⁸⁴. Se condena a los responsables en concepto de autor por un delito continuado de violación (art. 179 y 74 CP) a las penas de 15 años de prisión y otras penas accesorias¹⁸⁵. La

¹⁸⁰ El hecho de llevar a cabo un acto sexual sin consentimiento de la víctima es de por sí un acto violento ya que se actúa en contra de su voluntad. ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de...*, op. cit., p. 230.

¹⁸¹ En el caso de La Manada, en los vídeos grabados por los propios agresores, la víctima aparece con los ojos cerrados, en posición pasiva, agazapada y acorralada por cinco hombres. También se oyen gritos de dolor articulados por la propia víctima, los cuales han sido interpretados por el TS como una “actitud que sin duda es contraria al supuesto consentimiento de la víctima”. El silencio también es una forma de comunicación, que en este contexto únicamente se puede interpretar como una negativa. *Ibidem*, pp. 30-37.

¹⁸² Véase, autores a favor de la unificación: FARALDO CABANA, P. y RAMÓN RIBAS, E., “La sentencia de La Manada...”, op. cit., pp. 288-294; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de violación...”, op. cit., p. 182 y ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de...*, op. cit., pp. 409-415. Autores en contra de la unificación: CUERDA ARNAU, M.L., “Agresión y abuso sexual...”, op. cit., pp. 109-114; Díez Ripollés, J.L., “Alegato contra un derecho...”, op. cit., p. 8; Gil Gil, A. y Núñez Fernández, J., “La manada y la jauría”, *El País*, 2 de mayo de 2018, pp. 1-6 (disponible en: https://elpais.com/elpais/2018/04/30/opinion/1525083152_968336.html) y Muñoz Conde, F., “La vinculación del juez...”, op. cit., pp. 292-299.

¹⁸³ Morán Velte, S., “Ese “yo si te creo” supera la barrera del cuestionamiento y crea un frente”, *Revista Gara*, 6 de julio de 2019, pp. 1-4. Disponible en: https://www.naiz.eus/es/hemeroteca/gara/editions/2019-07-06/hemeroteca_articles/ese-yo-si-te-creo-supera-la-barrera-del-cuestionamiento-y-crea-un-frente

¹⁸⁴ Boldova Pasamar, M.A., “Presente y futuro de...”, op. cit., p. 2.

¹⁸⁵ Pena accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de condena y a la prohibición de acercamiento a la denunciante por una distancia inferior a los 500 metros, así como la prohibición de comunicación durante 20 años; y como medida de seguridad cuando acabe la pena privativa

sentencia sienta un precedente jurídico muy significativo¹⁸⁶, marca un antes y un después dentro de la jurisprudencia española en los delitos contra la libertad sexual que inspirará a futuros casos similares¹⁸⁷.

Ambas reformas coinciden en eliminar el término “abuso sexual” del texto legal que conforma los delitos contra la libertad sexual; esto es, en eliminar la distinción entre abuso y agresión sexual¹⁸⁸. Las diferencias entre las dos se observan en varios matices. La Proposición pretende eliminar la distinción entre los delitos de agresión, violación y abuso sexual; y da traslado de su contenido a un “nuevo artículo 178 CP”¹⁸⁹ en el que se establece que “será castigado como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento” –para atenuar problemas probatorios y evitar la revictimización secundaria según su Exposición de

de libertad impuesta, estarán en libertad vigilada durante un periodo de 8 años. La responsabilidad civil se tasa finalmente en 100.000€ por el estrés postraumático sufrido.

¹⁸⁶ Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M. y FARALDO CABANA, P., “Presentación” en RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M.A. (Coords.), *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 11-31 y ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de...*, op. cit., pp. 30-37.

¹⁸⁷ Así sucede en el caso Arandina, la AP de Burgos en sentencia 379/2019, de 11 de diciembre de 2019, sigue la línea que marca el TS en el caso de La Manada a la hora de calificar los hechos como un delito de agresión sexual (art. 183.2.3 y 4.b) CP) en el que cada uno es autor por medio del art. 28.1 CP por el acto carnal que el mismo ha realizado y cooperador necesario del apartado b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido.

¹⁸⁸ “Dicha reforma irá seguida de una graduación penológica y típica que será inevitablemente muy parecida a la actualmente vigente, lo que nos lleva a la conclusión de que el malestar innegable que existe en España en relación con la regulación de los delitos contra la libertad sexual es resultado de su profunda ignorancia, arengada por unos partidos políticos que, habiéndola redactado y aprobado, y por tanto conociéndola (o debiendo conocerla) al dedillo, tratan de sacarle tajada electoral descaradamente, aun a sabiendas de que lo único necesario es una actualización terminológica políticamente factible desde hace tiempo”. VIADER CASTRO, C., “Abuso, agresión, violación: cuando las palabras lo son todo” en *Blog Hay Derecho*, 5 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2019/11/05/abuso-agresion-violacion-cuando-las-palabras-lo-son-todo/>

¹⁸⁹ Artículo 47 de la propuesta: Dos. Se modifica el artículo 178 del Código Penal, que queda redactado de la forma siguiente: “1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. 2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima o actuando de manera sorpresiva, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada su voluntad por haber ingerido previamente fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto. 3. En atención a la menor gravedad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, podrá imponerse la pena de prisión inferior en grado o multa de dieciocho a veinticuatro meses”.

Motivos-¹⁹⁰. Sigue con un segundo apartado en el que define que se considera agresión sexual a “los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad, de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima o actuando de manera sorpresiva, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada su voluntad por haber ingerido previamente fármacos, drogas, o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”; equiparando así los actuales tipos básicos y agravados de abuso y agresión sexual¹⁹¹. Por último, un tercer apartado en el que fija un tipo atenuado en atención a la menor gravedad del hecho y valoración de las circunstancias del caso concreto que permitirá rebajar la pena de prisión o incluso imponer una pena de multa. Es curiosa la desaparición del texto del término violación¹⁹², simplemente se considera que todo atentado contra la libertad sexual que suponga un acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, se constituye como una circunstancia específica de agravación dentro del art. 180 CP.

El Anteproyecto unifica los conceptos de abuso y agresión sexual, de manera que integra el primero dentro del segundo¹⁹³ – de modo similar a cómo se establece en la Proposición- disponiendo el “nuevo artículo 178 CP” que “el que atentare contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento será castigado por agresión sexual” y “se considerarán en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen abusando de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, o actuando de manera sorpresiva, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada su voluntad por haber ingerido previamente fármacos, drogas o

¹⁹⁰ En contra véase DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El “no es no””, *El País*, 18 de mayo de 2018, pp. 1-5 (disponible en: https://elpais.com/elpais/2018/05/03/opinion/1525363530_373340.html) y MUÑOZ CONDE, F., “La vinculación del juez...”, op. cit., p. 243.

¹⁹¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Alegato contra un derecho...”, op. cit., pp. 8-9.

¹⁹² ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de...*, op. cit., p. 406.

¹⁹³ La Exposición de Motivos del Anteproyecto declara que: “Se suprime el concepto de “abuso sexual”, que no transmite adecuadamente el carácter coactivo y agresivo de todo comportamiento sexual que se impone a otra persona en contra de su voluntad”. Disponible en: <https://confilegal.com/20200109-el-ministerio-de-justicia-tiene-listo-el-anteproyecto-que-elimina-el-abuso-sexual-y-lo-convierte-en-agresion-sexual/>

cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto”. La pena se incrementa si la agresión sexual se comete empleando violencia, intimidación o mediante la actuación conjunta de dos o más personas. Y en un último apartado, se establece como en la Proposición, un tipo atenuado con las mismas condiciones, pero sin posibilidad de recurrir a una pena multa. El nuevo art. 179 CP contempla el delito de violación cuando la agresión sexual consista en el acceso carnal como hasta ahora, pero distingue que la pena será de cuatro a diez años en el caso de que se cumpla el apartado primero del artículo anterior o de seis a doce años en el supuesto de su apartado segundo.

Con la llegada a buen puerto de cualquiera de ambas reformas, se podría dar mejor cobertura jurídica a los casos como la Manada de Manresa, en el que se produjo delito contra la libertad sexual en grupo a una menor de 14 años. La AP de Barcelona en sentencia 813/2019, de 31 de octubre de 2019, ha considerado que se trata de un abuso sexual, ya que la víctima se encontraba en estado de inconsciencia –por la ingesta de alcohol y drogas- y los acusados no tuvieron que emplear violencia o intimidación para penetrarla. La sentencia condena a cinco de los seis acusados a penas entre 10 y 12 años por abuso sexual y abuso sexual continuado respectivamente. En este caso concreto el consentimiento de la víctima resultaría irrelevante porque es menor de edad (art. 183 quater CP). Resulta llamativo el hecho de que el Ministerio Fiscal (MF) solicitó inicialmente una condena por abuso sexual de entre 10 y 12 años de prisión para cada uno de ellos; sin embargo, en el acto de juicio, solicitó una condena por agresión sexual de entre 14 y 15 años. La razón es que el MF consideró que los seis acusados actuaron de forma conjunta y organizada; aprovecharon la temprana edad de la víctima, que se encontraba sola en una caseta y su superioridad numérica, de edad y compleción para intimidarla. Muchos hacen paralelismo entre esta sentencia y la sentencia del caso de La Manada¹⁹⁴, ya que en esta última el TS consideró que la víctima sufrió una situación de intimidación ambiental por parte de los acusados lo que provocó que ella misma adoptara

¹⁹⁴ ACALE SÁNCHEZ, M., “Manada de Manresa. La miopía de sus señorías”, *Diario Nueva Tribuna*, 7 de noviembre de 2019, pp. 1-5. Disponible en: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/actualidad/manada-manresa-miopia-senorias/20191107082857167860.html>

una posición de sometimiento con el fin de evitar males mayores; situación que éstos aprovecharon.

3. Crear un tipo específico para delitos de agresión sexual en grupo

La Proposición y el Anteproyecto proceden a agravar aquellas situaciones en las que se ejecuta conjuntamente un delito contra la libertad sexual, esto es, en el que varios sujetos atentan sexualmente y de forma colectiva a la misma víctima bajo la misma violencia o intimidación¹⁹⁵. Tal y como se regula actualmente en el CP, como un criterio de agravación de la pena únicamente para el delito de agresión sexual (art. 180.1. 2º), no se considera suficiente la pena que le corresponde respecto al desvalor de la acción y del resultado que produce.

Resulta complicado para la jurisprudencia calificar de forma ordenada e individualizada los delitos cometidos cuando son varias personas las que realizan distintas penetraciones y otra serie de actos que atentan contra la libertad sexual de la víctima; teniendo que recurrir finalmente al principio de unidad natural de acción y calificar todas las agresiones sexuales consumadas en el mismo momento como una sola agresión sexual¹⁹⁶. También cabe la posibilidad de que se califiquen como un delito continuado¹⁹⁷ o como un concurso real¹⁹⁸ castigando a todos los intervinientes en concepto de autor por sus actos y como cooperadores necesarios por los actos ejecutados por el resto. La diferencia de fuerzas entre la víctima y sus agresores, hacen que su capacidad de defensa disminuya enormemente, o directamente se anule¹⁹⁹.

La Proposición estima que esta circunstancia debe tener una consideración autónoma y específica²⁰⁰ poniendo en evidencia que nos encontramos ante una

¹⁹⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Alegato contra un derecho...”, op. cit., pp. 16-17.

¹⁹⁶ STS 399/2009, de 8 de enero de 2009.

¹⁹⁷ Véase *Supra*: VI.4. La continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual. SAP de Navarra, 8/2018, de 20 de marzo de 2018.

¹⁹⁸ SAP de Huelva, 271/2010, de 27 de septiembre de 2010.

¹⁹⁹ ACALE SÁNCHEZ, M., *Violencia sexual de...*, op. cit., pp. 415-419.

²⁰⁰ Artículo 47 de la Propuesta: Protección frente a las agresiones sexuales. Tres. Se modifica el artículo 179 del Código Penal, que queda redactado de la forma siguiente: “1. Cuando aprovechándose de la situación objetiva de superioridad manifiesta, en un contexto objetivamente intimidante para la víctima, dos o más personas realicen conjuntamente todos o parte de los actos constitutivos de agresión sexual, la conducta será castigada como delito de

modalidad de violencia sexual distinta, que no sólo se está atacando al bien jurídico de la libertad sexual; también al bien jurídico de la seguridad personal de la víctima, que pone en peligro su vida a fin de evitar un mal mayor. De esta forma, establece que la actuación conjunta debe de reforzar la situación de superioridad manifiesta y crear un contexto objetivamente intimidante para la víctima. Además, cabe la posibilidad de obtener una pena inferior “cuando la aportación singular de alguno de los intervinientes haya tenido escasa importancia”. Por el contrario, el Anteproyecto iguala el delito de agresión sexual en grupo a la violencia o intimidación, esto es, como un medio comisivo más de la agresión sexual²⁰¹; no cree necesario el tratamiento de esta circunstancia como delito autónomo. Aunque dentro de las circunstancias agravatorias del art. 180 CP seguimos encontrando “la actuación conjunta de dos o más personas”, resultando un tanto contradictorio, ya que no se podrá aplicar esta agravación cuando se ha tenido en cuenta dentro del propio tipo delictivo²⁰².

Lamentablemente en España estamos asistiendo al fenómeno de la proliferación de las violaciones múltiples. Es llamativo el aumento de los casos en los que hay una participación grupal de sujetos activos que consuman un delito contra la libertad sexual, aprovechando dicha superioridad numérica para crear un contexto intimidatorio frente a la víctima, que favorezca la comisión del delito. Tras el caso de la Manada de Pamplona, han aparecido las llamadas otras “nuevas manadas”.

La doctrina de la cooperación necesaria que apuntaba el TS en sentencia 344/2019²⁰³ fue la de considerar que cuando existen varios sujetos activos que llevan a cabo un delito de agresión sexual y, además, facilitan la comisión del delito a sus compañeros lo hacen mediante intimidación ambiental²⁰⁴. Esto es,

agresión sexual colectiva con la pena de prisión de cinco a ocho años. 2. Se podrá imponer la pena inferior en grado cuando para la consumación de la agresión sexual colectiva la aportación singular de alguno de los intervinientes haya tenido escasa importancia”.

²⁰¹ Artículo 178.2 del Anteproyecto: “La pena será de prisión de tres a cinco años si la agresión sexual se cometiere (...) mediante la actuación conjunta de dos o más personas”.

²⁰² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Alegato contra un derecho...”, op. cit., pp. 16-17.

²⁰³ La realidad es que las acusaciones del caso de la Manada no pidieron en primera instancia la condena de los acusados por cooperación necesaria y es por ello, que el TS no pudo aplicar la doctrina de la cooperación necesaria.

²⁰⁴ SAP 379/2019, de 11 de diciembre de 2019, FJ. 8, “El efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental”.

con la sola presencia física de varios sujetos crean un ambiente intimidatorio que intensifica el temor de la víctima. En los supuestos de violaciones múltiples, el TS apunta a que cada sujeto activo debe ser condenado como autor por la agresión sexual que ha cometido y como cooperador necesario de tantos delitos como haya facilitado a sus compañeros. Esto es lo que ha sucedido en el caso Arandina, en el que tres exjugadores han sido condenados por la SAP de Burgos 379/2019, de 11 de diciembre de 2019, a tres delitos de agresión sexual a una menor de 15 años (art. 183.2.3 y 4.b CP) con la pena a cada uno de ellos de 38 años de cárcel²⁰⁵ – 14 años como autor en un delito de agresión sexual y 24 años como cooperador necesario de las otras dos agresiones sexuales cometidas por sus compañeros, es decir, 12 años por cada una de ellas -. El Tribunal ha apreciado intimidación ambiental en el sentido de que las agresiones se produjeron en domicilio ajeno, con la luz apagada y por sorpresa, sin que la menor pudiera oponerse dada la diferencia de edad y la complexión física de los acusados²⁰⁶.

VIII. CONCLUSIONES FINALES

Tras la investigación llevada a cabo con este trabajo, se comprueba la larga evolución normativa que hay detrás de los delitos contra la libertad sexual; la regulación actual es fruto de una inestabilidad legislativa marcada por la necesidad de adecuarse a una sociedad que está constantemente cambiando. El legislador deja claro que el bien jurídico protegido es el de la libertad sexual entendida como una prolongación de la libertad personal de cada uno; sin la cual, no es posible la autorrealización de los individuos. El CP en relación con los

²⁰⁵ Aunque el máximo cumplimiento de la pena de prisión se fija en 20 años conforme a lo dispuesto en el art. 76 del CP.

²⁰⁶ SAP 379/2019, de 11 de diciembre de 2019, FJ. 8, “El hecho de que la menor se encontrara en un domicilio ajeno, con la luz apagada y rodeada por tres varones de superior complexión, y edad, los cuales se habían desnudado, y quitándole a ella también la ropa, salvo la braga, cogiéndole de las manos y la cabeza, dirigiéndola hacia sus penes para que les masturbarse y les realizase sucesivamente felaciones, constituye una situación de intimidación ambiental, y por ello resulta creíble que la menor, por su falta de madurez, y sorpresa no supiese reaccionar, quedándose bloqueada, y paralizada, temiendo que si se negaba los tres acusados pudieran reaccionar en forma violenta”.

delitos sexuales tiene como objetivo defender y garantizar el libre ejercicio de la sexualidad de las personas y castigar a quienes lo impidan.

Los delitos contra la libertad sexual en los que se centra el trabajo son tres: delito de agresión sexual, dentro del cual se distingue entre el tipo básico, el tipo agravado, conocido comúnmente como delito de violación y una serie de agravantes que aumentan el daño producido; el delito de abuso sexual, dentro del cual se diferencian varios tipos según sea por ausencia de consentimiento o por consentimiento viciado y por último el delito de acoso sexual, compuesto por un tipo básico y varios cualificados. El trabajo lleva a cabo una pormenorizada descripción de estos tres tipos delictivos con el propósito de que el lector entienda las diferencias entre ellos. Es fundamental conocer cuál es la conducta sexual delictiva, cuáles son los modos comisivos, cómo se castiga la autoría y la participación, cuáles son las penas que llevan aparejadas, cómo concursan estos delitos entre sí... etc. Todo ello para comprender su problemática, si no conocemos minuciosamente la actual regulación, no podremos entender los problemas que presentan.

La investigación revela que, en numerosas ocasiones, la resistencia u oposición que el sujeto pasivo efectúa cuando se le obliga a mantener una relación sexual no consentida, se valora como un elemento más del tipo cuando la realidad es que la resistencia de la víctima no debería tenerse en cuenta, salvo para corroborar que la víctima no consintió. No se puede pretender que la víctima de una agresión sexual se resista de forma heroica y correr el riesgo de que la acción derive en males mayores.

Son cinco los problemas que se han resaltado en el trabajo, tratan del enfoque desacertado del concepto de violación, del hecho de que la ausencia de consentimiento será esencial para considerar cualquier acto como delito bien sea porque no ha tenido la oportunidad de consentir o porque el consentimiento fue viciado, lo importante es que la víctima no consintió. También el problema que acarrea que la única prueba de cargo sea el testimonio de la propia víctima y el dilema que plantea la aplicación del art. 74 CP, esto es, la continuidad delictiva en los delitos sexuales. Por último, y con el fin de ofrecer seguridad y protección a las víctimas de los delitos sexuales, se ve como indispensable que todos los operadores jurídicos actúen con perspectiva de género.

Todos los inconvenientes anteriores ponen en tela de juicio la efectividad de la regulación vigente. El punto de inflexión lo marcará un mediático suceso de violación grupal a una mujer en los San Fermines de 2016, el conocido como caso de “La Manada”. Es a partir de entonces cuando la ciudadanía no se muestra conforme con el modo con el que el legislador regula los delitos contra la libertad sexual, muestra de ello son las multitudinarias protestas surgidas como respuesta a la luz de los últimos casos de violencia sexual juzgados por los tribunales.

Desde todos los estamentos sociales se escucha la reivindicación de un cambio de normativa. Son dos los proyectos de reforma del CP los que se analizan en el trabajo. Ambos siguen las mismas líneas generales, aunque difieren en el sistema de intervención; una reforma es más ambiciosa y pretende el cambio del marco jurídico de estos delitos y la otra se centra en el cambio de aspectos concretos que tienen que ver con su tratamiento. El trabajo deja en evidencia la necesidad de una revisión del código para castigar con más contundencia los delitos de agresión sexual que se lleven a cabo en grupo, para así terminar con el fenómeno de las violaciones múltiples; y la necesaria reestructuración de los delitos de agresión y abuso sexual, de forma que todo acto sexual que se ejecute sin el consentimiento expreso de la víctima sea delito con indiferencia de los medios comisivos que si podrán dentro del mismo tipo, incrementar o disminuir las penas. La clave radica en centrar la importancia en el comportamiento reprochable del agresor y no en los medios comisivos.

La finalidad de una reforma del CP debe ser la de impedir sentencias contradictorias que trasladen a la víctima un mensaje de inseguridad y desprotección; lo que se pretende es todo lo contrario, crear seguridad jurídica y establecer un clima de empatía con la víctima y con la situación que se vive. La violencia sexual es una lacra social que afecta principalmente a las mujeres, pero es labor de toda la sociedad poner remedio a esta situación comenzando la concienciación y siguiendo con medidas efectivas que combatan el problema. El Derecho Penal es una herramienta que debemos utilizar, pero no la única ya que el arma más potente es la educación; educar en igualdad es fundamental. El trabajo es una pequeña aportación a todo el camino que queda por recorrer.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus editorial, Madrid, 2006.

- *La prisión permanente revisable: ¿Pena o cadalso?*, Iustel, Madrid, 2016.
- *Violencia sexual de género contra las mujeres adultas. Especial referencia a los delitos de agresión y abuso sexuales*, Reus editorial, Madrid, 2019.

ACALE SÁNCHEZ, M. y FARALDO CABANA, P., “Presentación” en RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M.A. (Coords.), *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 11 – 31.

ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas*, Atelier, Barcelona, 2004.

ASUA BATARRITA, A., “Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico”, en AA. VV., Jornadas 13, *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la mujer, Vitoria, 1998, pp. 45 – 101.

AVILÉS PALACIOS, L., “Capítulo X: La perspectiva de género como técnica jurídica e instrumento necesario para una justicia igualitaria” en VV. AA., *Análisis de la justicia desde la perspectiva de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 304 – 310.

BODELÓN GONZÁLEZ, E., “Cuestionamiento de la eficacia del Derecho penal en relación a la protección de los intereses de las mujeres”, en VV. AA., Jornadas 13, *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la mujer, Vitoria, 1998, pp. 185 – 201.

BOLDOVA PASAMAR, M.A., “Presente y futuro de los delitos sexuales a la luz de la STS 344/2019, de 4 de julio, en el conocido como “caso de La Manada”, *Diario La Ley*, Nº 9500, 2019, pp. 1 – 12.

CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, Bosch, Barcelona, 1981.

CARUSO FONTÁN, V., “Reflexiones en torno a la aplicación de la continuidad delictiva en el Caso de la Manada”, en RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M.A. (Coords.), *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 217 – 244.

CUERDA ARNAU, M.L., “Agresión y abuso sexual: violencia o intimidación vs consentimiento viciado”, en RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M.A. (Coords.), *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 103 – 132.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de violación: problemas que plantea su vigente redacción”, en RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M.A. (Coords.), *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 171 – 216.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1985.

- “Libertad sexual y ley penal”, en REDONDO ILLESCAS, S. (Coord.), *Delincuencia sexual y sociedad*, Ariel, Barcelona, 2002, pp. 107 – 143.
- “Alegato contra un derecho penal sexual identitario”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 21, 2019, pp. 1 – 29.

FARALDO CABANA, P., “Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales”, en RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M.A. (Coords.), *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 31 – 70.

FARALDO CABANA, P. y RAMÓN RIBAS, E., “La sentencia de La Manada y la reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España” en RODRÍGUEZ LÓPEZ, S. y FUENTES LOUREIRO, M.A. (Coords.), *La manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 247 – 296.

FARALDO CABANA, P., y CATALINA BENAVENTE, M. A., “La formación y especialización de los agentes implicados en el tratamiento penal de la violencia de género. La situación en España”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, Nº 28, 2016, pp. 181 – 215.

FERNÁNDEZ-FIGARES MORALES, M.J., “La fuerza probatoria del testimonio de la víctima en la condena por delitos de violencia contra la mujer”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, Nº 28, 2012, pp. 25 – 38.

GAMARRA MARZÁN, I., (2017): *Una reflexión crítica del fenómeno de las agresiones sexuales* (Trabajo Final de Grado), Universidad del País Vasco, Guipúzcoa.

GARCÍA RIVAS, N., “Lección 13º. Libertad e indemnidad sexuales. Cuestiones Generales. Agresiones y abusos sexuales”, en MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 399 – 436.

GOENAGA OLAIZOLA, R., “Delitos contra la libertad sexual”, *Eguzkilore*, núm. Extraordinario 10, 1997, pp. 95 – 120.

GONZÁLEZ RUS, J.J., “¡No!, y basta”, en GARCÍA, C., CUERDA, A., MARTÍNEZ, M., et al., (Coords.), *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer S.L, Madrid, 2008, pp. 2011 – 2030.

MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MUÑOZ CONDE, F., “Capítulo XXII. Estupro. Agresiones sexuales equiparadas al estupro. Rapto” en MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 10º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 435 – 445.

- “Capítulo IX: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 21º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 190 – 233.
- “La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso “La Manada””, *Revista Penal*, nº 43, 2019, pp. 221 – 244.

ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

OTERO GONZÁLEZ, P., “Lección 14º. Acoso sexual”, en MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. y VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), *Derecho penal español. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 437 – 454.

PÉREZ ALONSO, E., “Concepto de abuso sexual: contenido y límite mínimo del delito de abusos sexuales”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, 2019, pp. 1 – 44.

RAMÍREZ ORTIZ, J.L., “Sociedad en red, igualdad, proceso y derecho penal”. La sentencia de “La Manada”, *Jueces para la Democracia*, Nº 92, 2018, pp. 11 – 25.

TERRADILLOS BASOCO, J.M. y GONZÁLEZ AGUDELO, G., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)” en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 175 – 199.

VALLEJO TORRES, C., “Delitos contra la libertad sexual y perspectiva de género: una mirada hacía fuera para reflexionar desde dentro”, *Diario La Ley*, Nº 9263, 2018, pp. 1 – 11.

Recursos electrónicos:

ACALE SÁNCHEZ, M., “Cuidado, Manada, la justicia anda suelta”, *Diario Nueva Tribuna*, Nº 8, 8 de diciembre de 2018 (Disponible en: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/sociedad/sentencia-caso-manada-delito-violacion/20181208092302158215.html>) Consultado: 29/01/2020

- “Y finalmente hubo violación, no abuso”, *El Diario*, 21 de junio de 2019 (Disponible en: https://www.eldiario.es/zonacritica/finalmente-violacion-abuso_6_912418774.html) Consultado: 29/01/2020.
- “Manada de Manresa. La miopía de sus señorías”, *Diario Nueva Tribuna*, 7 de noviembre de 2019 (Disponible en: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/actualidad/manada-manresa-miopia-senorias/20191107082857167860.html>) Consultado: 29/01/2020.

Anteproyecto de Ley Orgánica para la Modificación del Código Penal para la protección de la libertad sexual de las ciudadanas y ciudadanos. <https://confilegal.com/20200109-el-ministerio-de-justicia-tiene-listo-el-anteproyecto-que-elimina-el-abuso-sexual-y-lo-convierte-en-agresion-sexual/> (Consultado: 23/01/2020)

BOTIAS BENEDIT, A., “Algunos apuntes sobre el delito de violación. Especial referencia al caso de “La Manada”, *A definitivas*, 3 de octubre de 2019. (Disponible en: <https://adefinitivas.com/arbol-del-derecho/apuntes-caso-de-la-manada/>) Consultado: 15/01/2020

Carta de la víctima de la Manada. https://www.telecinco.es/elprogramadeanarosa/victima-manada-carta-exclusiva_18_2778045034.html (Consultado: 20/01/2020)

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El “no es no””, *El País*, 18 de mayo de 2018 (Disponible en: https://elpais.com/elpais/2018/05/03/opinion/1525363530_373340.html) Consultado: 29/01/2020.

GIL GIL, A. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., “La manada y la jauría”, *El País*, 2 de mayo de 2018 (Disponible en: https://elpais.com/elpais/2018/04/30/opinion/1525083152_968336.html) Consultado: 29/01/2020

Informe sobre los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España 2017. <http://www.interior.gob.es/documents/10180/0/Informe+delitos+contra+la+libertad+e+indemnidad+sexual+2017.pdf/da546c6c-36c5-4854-864b-a133f31b4dde> (Consultado: 20/01/2020)

LÓPEZ TRUJILLO, N., “Radiografía de la violencia sexual: las denuncias por agresión y abuso con penetración aumentan un 30,7% en 6 años”, *Newtral*, 9 de agosto de 2019 (Disponible en: <https://www.newtral.es/radiografia-de-la-violencia-sexual-las-denuncias-por-agresion-y-abuso-con-penetracion-aumentan-un-307-en-6-anos/20190809/>) Consultado: 10/01/2020

MORÁN VELTE, S., “Ese “yo si te creo” supera la barrera del cuestionamiento y crea un frente”, *Revista Gara*, 6 de julio de 2019. (Disponible en: <https://www.naiz.eus/es/hemeroteca/gara/editions/2019-07->

[06/hemeroteca_articles/ese-yo-si-te-creo-supera-la-barrera-del-cuestionamiento-y-crea-un-frente](#)) Consultado: 29/01/2020

Portal Estadístico de Criminalidad del Ministerio del Interior <https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/dynPx/inebase/index.htm?type=pcaxis&path=/DatosBalanceAct/&file=pcaxis> (Consultado: 10/01/2020)

Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad en el trabajo. <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/87e9a68c-8deb-47a5-a8e2-e9cd5e084dfb/language-es> (Consultado: 15/01/2020)

VIADER CASTRO, C., “Abuso, agresión, violación: cuando las palabras lo son todo” en *Blog Hay Derecho*, 5 de noviembre de 2019. (Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2019/11/05/abuso-agresion-violacion-cuando-las-palabras-lo-son-todo/>) Consultado: 15/01/2020

ANEXO 1: JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal Constitucional:

STC 229/1991, de 28 de noviembre de 1991
STC 195/2002, de 28 de octubre de 2002

Tribunal Supremo:

ATS 863/2004, de 27 de mayo de 2004
STS 3823/1979, de 25 de mayo de 1979
STS 4304/1979, de 3 de diciembre de 1979
STS 4499/1980, de 20 de noviembre de 1980
STS 2165/1985, de 5 de marzo de 1985
STS 2689/1987, de 14 de abril de 1987
STS 7034/1987, de 7 de noviembre de 1987
STS 5309/1992 de 1 de julio de 1992
STS 439/1993, de 31 de mayo de 1994
STS 1150/1995, de 20 de noviembre de 1995
STS 140/1997, de 7 de febrero de 1997
STS 190/1998, de 16 de febrero 1998
STS 434/1998, de 20 de marzo de 1998
STS 849/1998, de 18 de junio de 1998
STS 381/2000, de 10 de marzo de 2000
STS 33/2001, de 17 de enero de 2001
STS 895/2001, de 21 de mayo de 2001
STS 901/2001, de 22 de mayo de 2001
STS 486/2002, de 12 de marzo de 2002
STS 1214/2002, de 1 de julio de 2002
STS 1460/2003, de 7 de noviembre de 2003
STS 1565/2003, de 21 de noviembre de 2003
STS 774/2004, de 9 de febrero de 2004
STS 1169/2004, de 18 de octubre de 2004
STS 76/2006, de 31 de enero de 2006
STS 575/2006, de 22 de mayo de 2006
STS 339/2007, de 30 de abril de 2007
STS 396/2008, de 1 de julio de 2008
STS 399/2009, de 8 de enero de 2009
STS 97/2009, de 9 de febrero de 2009
STS 433/2009, de 21 abril de 2009
STS 401/2009, de 24 de abril de 2009
STS 1397/2009, de 29 de diciembre de 2009
STS 440/2010, de 30 de abril de 2010
STS 658/2010, de 7 de junio de 2010
STS 626/2010, de 6 de julio de 2010
STS 812/2010, de 6 de octubre de 2010
STS 87/2011, de 9 de febrero de 2011
STS 606/2011, de 14 de junio de 2011
STS 55/2012 de 7 de febrero de 2012
STS 754/2012, de 11 de octubre de 2012
STS 469/2013, de 5 de junio de 2013

STS 849/2013 de 12 noviembre de 2013
STS 967/2013, de 19 de diciembre de 2013
STS 381/2014 de 21 de mayo de 2014
STS 553/2014, de 30 de junio de 2014
STS 231/2015, de 22 de abril de 2015
STS 355/2015, de 28 de mayo de 2015
STS 721/2015, de 22 de octubre de 2015
STS 769/2015, de 15 de diciembre de 2015
STS 28/2016, de 28 de enero de 2016
STS 140/2016, de 12 de abril de 2016
STS 517/2016, de 14 de junio de 2016
STS 612/2016, de 8 de julio de 2016
STS 898/2016, de 30 de noviembre de 2016
STS 985/2017, de 11 de enero de 2017
STS 23/2017, de 24 de enero de 2017
STS 323/2017, de 4 de mayo de 2017
STS 573/2017, de 18 de julio de 2017
STS 643/2017, de 2 de octubre de 2017
STS 345/2018, de 11 de julio de 2018
STS 351/2018, de 11 de julio de 2018
STS 727/2018, de 30 de enero de 2019
STS 749/2019, de 20 de febrero de 2019
STS 107/2019, de 4 de marzo de 2019
STS 216/2019, de 24 de abril de 2019
STS 254/2019, de 21 de mayo de 2019
STS 254/2019, de 25 de mayo de 2019
STS 282/2019, de 30 de mayo de 2019
STS 292/2019, de 31 de mayo de 2019
STS 328/2019, de 24 de junio de 2019
STS 354/2019, de 10 de julio de 2019
STS 344/2019, de 4 de julio de 2019
STS 348/2019, de 4 de julio de 2019
STS 349/2019, de 4 de julio de 2019
STS 354/2019, de 10 de julio de 2019
STS 462/2019, de 14 de agosto de 2019
STS 511/2019, de 28 de agosto de 2019
STS 456/2019, de 8 de octubre de 2019
STS 478/2019, de 14 de octubre de 2019
STS 462/2019, de 14 de octubre de 2019
STS 511/2019, de 28 de octubre de 2019
STS 576/2019, de 26 de noviembre de 2019
STS 605/2019, de 10 de diciembre de 2019
STS 610/2019, de 11 de diciembre de 2019
STS 658/2019, de 8 de enero de 2020

Tribunal Superior de Justicia:

TSJ de Navarra 8/2018, de 30 de noviembre de 2018

Audiencia Provincial:

SAP de Lleida de 17 de febrero de 1989 (sin numerar)

SAP de Pontevedra de 27 de febrero de 1989 (sin numerar)
SAP de Valencia de 5 de septiembre de 1997 (sin numerar)
SAP de Huelva 271/2010, de 27 de septiembre de 2010
SAP de Navarra 38/2018, de 20 de marzo de 2018
SAP de Alicante 213/2019, de 4 de junio de 2019
SAP de Barcelona 813/2019, de 31 de octubre de 2019
SAP de Burgos 379/2019, de 11 de diciembre de 2019

ANEXO 2: NORMATIVA CITADA

Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se «prueba y promulga el «Código Penal, texto refundido de 1944», según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944.

Constitución Española, de 29 diciembre de 1978 (BOE núm. 311)

Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (BOE núm. 148)

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281)

Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE núm. 104)

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 283)

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313)

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152)

Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE núm. 137, 6 junio de 2014)

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77)